الكافي في شرح الوافي

للإمام شيخ الإسلام
العلامة أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود
حافظ الدين النسفي
المتوفى سنة ٧١٠ هـ
رحمه الله تعالى

معلمة فقهية أصولية أثرية، تنشر لأول مرة، وهي كالشرح على الهداية للمرغيناني، مع العناية بخلاف الإمامين مالك والشافعي رحمهما الله تعالى ومناقشة مذهبهما

وبحاشيته التعليق المسمى
الشافي الحنفي على كافي النسفي

حققه وعلق عليه
سراج الدين عمر أحمد قباوه

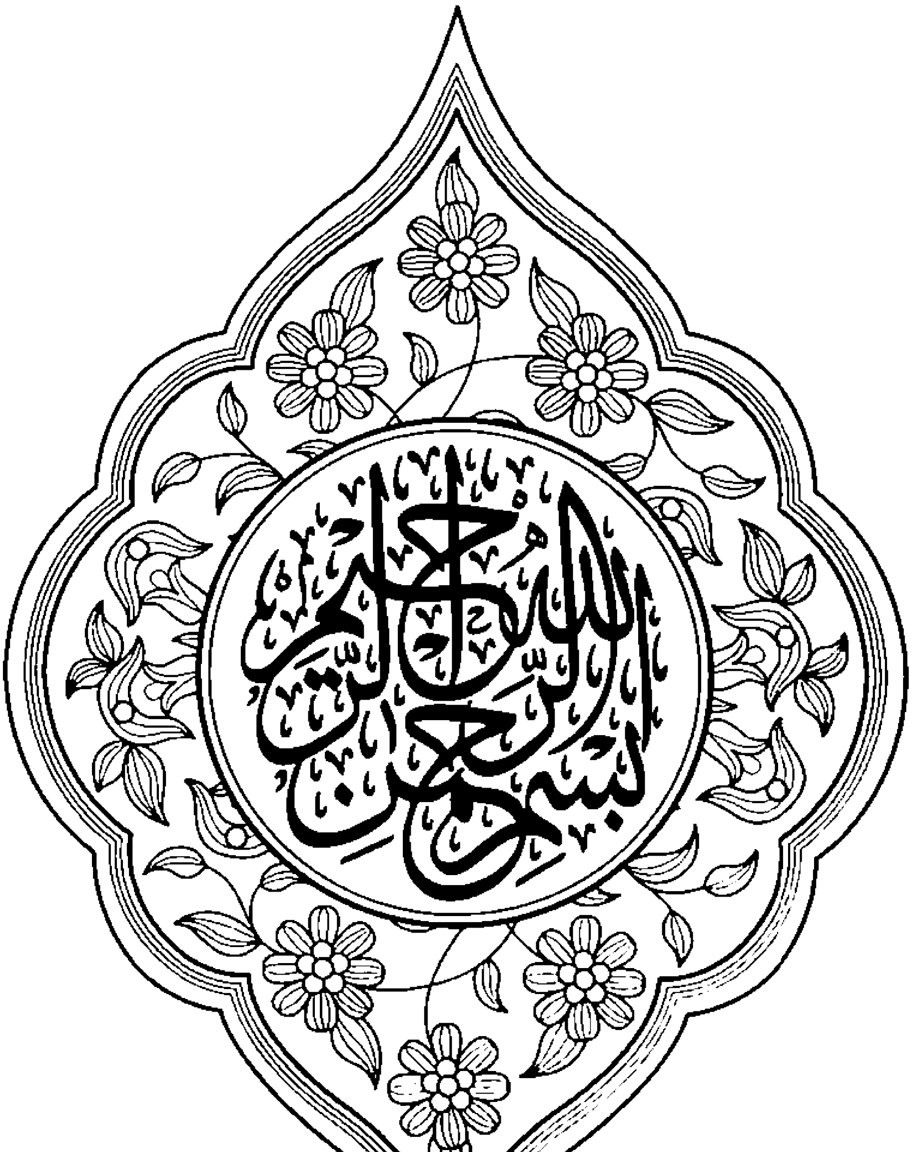
المجلد الثامن

من تتمة كتاب الإقرار... إلى كتاب المأذون

دار المنهاج القويم
علم ينتفع به

٨

الكافي في شرح الوافي


بسم الله الرحمن الرحيم

الطَّبعَةُ الأُولى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

الجمهورية العربية السورية
دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح
هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446
جوال : 00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948
Email : darminhagkawem@hotmail.com
Email : darminhagkawem@gmail.com

ISBN : 978-9933-609-92-4

باب إقرار المريض

دَينُ الصِّحّةِ والمرَضِ بسَبَبٍ مَعروفٍ قُدِّم(ف) على ما أقرّ في مَرَضه، وأُخِّر الإرثُ عنه.

وإذا أقرَّ الرَّجُلُ في مَرَض موتِه بدُيونٍ، وعليه دُيونٌ في صِحّته، ودُيونٌ لَزِمته في مَرَضه بأسبابٍ مَعلومةٍ: يُقدَّمُ دَينُ الصِّحّةِ، والدُّيونُ المَعروفةُ الأسبابِ على ما أقرّ في مَرَضه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: دَينُ المرَضِ ودَينُ الصِّحّةِ يَستَويان؛ لأنهما استَويا في سَبَب الوُجوبِ وفي محَلِّه، فيَستَويان في الوُجوب.

وهذا لأن محَلَّ الوُجوبِ الذِّمّةُ، وهي في الحالَين سَواءٌ، وسبَبُ الوُجوبِ في الحالَين الإقرارُ، وصِحّتُه بصُدوره عن عقلٍ ودِينٍ؛ لأنهما يَدعُوانه إلى الصِّدق، ويَزجُرانه عن الكَذِب، وهذا المَعنى لا يَختلِفُ بينَ الصِّحّةِ والمرَضِ.

بل بالمرَض تَزدادُ جِهةُ رُجحانِ الصِّدقِ؛ لأن المرَضَ سببُ التَّورُّع عن المَعاصِي والإنابةِ عما جَرى في الماضِي، فالاحتِرازُ عن الكَذِب في هذه الحالةِ أكثرُ، فكان جِهةُ قَبولِ الإقرارِ فيه(1) أوفَرَ.

وإذا استَويا وُجوبًا استَويا استيفاءً، كما لو اشتَرى شيئًا بمُعايَنة الشُّهودِ، أو تزوَّج امرَأةً على ألفٍ، وهو مهرُ مِثلِها.

ولنا: أن المَريضَ مَحجورٌ عن الإقرار بالدَّين ما لم يَفرُغ عن دَين الصِّحّةِ، فلا

(1) في (د): منه.

يُزاحِمُ الدَّينُ الثّابتُ بإقرار المَحجورِ الدَّينَ الثّابتَ بلا حَجْرٍ؛ لأن الثّابتَ بتصرُّف المَحجورِ غيرُ ثابتٍ في قَدْر ما ثَبَت الحَجْرِ عليه، كعبدٍ مَأذونٍ أقَرَّ بالدَّين، ثم أقَرَّ بالدَّين بعدَ الحَجْرِ: فالثّاني لا يُزاحِمُ الأوَّلَ.

وهذا لأن بسَبَب[1] المرَضِ يَلحَقُه الحَجْرُ؛ لتَعلُّق حقِّ الوَرَثةِ والغُرَماءِ بماله، حتى لا يَجوزُ تَبرُّعُه بشيءٍ إذا كان الدَّينُ مُحيطًا، وفيما زاد على الثُّلُث إذا لم يكن عليه دَينٌ؛ لِتَعلُّق حقِّ الوَرَثةِ بماله، فلو لم يَتعلَّق حقُّ الغُرَماءِ بماله لَمَا حُجِر عن التَّبرُّع؛ لأن الإنسانَ لا يُحجَرُ عن التَّبرُّع بماله مع قِيامِ أهلِيّتِه، فيُستدَلُّ بقِيام الحَجْرِ على قِيام التَّعلُّقِ بماله، ولَمّا ثَبَت التَّعلُّقُ صار مَحجورًا عن تَصرُّفٍ يُبطِلُ حقَّهم، كمن رَهَن مالَه أو آجَره، ثم أقَرَّ به لغَيره، فإنه لا يَنفُذُ في حقِّ الْمُرتهِنِ والْمُستأجِرِ، والإقرارُ مُبطِلٌ، فلم يَنفُذ في حقِّهم، كالهِبة.

بخِلاف النِّكاحِ؛ لأنه من الحَوائِج الأصلِيّةِ[2]، وهو بمَهر الْمِثلِ، وحقُّهم إنما يَثبُتُ فيما يَفضُلُ عن الحَوائِج الأصلِيّةِ.

فإن قِيل: لو تَزوَّج وهو لا يَحتاجُ؟

قُلنا: النِّكاحُ في الوَضع من الحَوائِج الأصلِيّةِ، والعِبرةُ لأَصل الوضعِ لا للحال.

وبخِلاف الْمُبايَعةِ بمِثل القِيمةِ؛ لأن حقَّ الغُرَماءِ تَعلَّق بالمالِيّة لا بالصُّورة، وما وَصَل إليه بمُقابَلته مالٌ تَعلَّق به حقُّ الغُرَماءِ، فلم يكن في تَصرُّفه إبطالُ شيءٍ من حقِّهم، بل فيه تَحويلُ حقِّهم من محَلٍّ إلى محَلٍّ يَعدِلُه، وللبَدَل حُكمُ الْمُبدَلِ.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يَصِحَّ إقرارُه في حال الصِّحّةِ لو كان عليه دَينٌ؛ لِما مَرَّ أن

---

(١) في سوى (أ) و(ب): سبب.

(٢) في (ب): الأرضية.

الدَّينَ تعلَّق بماله.

قُلنا: لم يَتعلَّق الدَّينُ في حال الصِّحّةِ بالمال؛ لقُدرته على الاكتِساب، فيَتحقَّقُ التَّثميرُ[1]، فلم تَقَع الحاجةُ إلى تَعلُّق حقِّ الغُرَماءِ بماله، والْمَريضُ عاجزٌ عن الاكتِساب، فيتَعيَّن ما في يَده لحقِّ الغُرَماءِ.

ولأنه في حالة الصِّحّةِ يَحتاجُ إلى التَّصرُّفات، بخِلاف حالةِ المرَضِ، فثُبوتُ التَّعلُّقِ ثَمَّ مُفضٍ إلى الحرَج، ولا كذلك هنا.

ولأنه حالةٌ ظَهَر فيها آثارُ الموتِ وسببُه، فأُلحِقت بحالة الموتِ، فيَتعلَّقُ حقُّ الغُرَماءِ بماله، كما في حالة الموتِ حَقيقةً، ولا يَلزَمُ أنه إذا أقَرَّ الْمَريضُ بدَينٍ ثم بدَينٍ فإنهما استَويا، والحَجْرُ لا يَثبُتُ بالأوَّل عن الثّانِي: لأن الحَجْرَ إنما يَثبُتُ عندَ الموتِ، ثم يَستنِدُ إلى أوَّل المرَضِ، فيَصيران جَميعًا بعدَ الحَجْرِ، فاستَويا كأنهما وُجِدا معًا في حالةٍ واحِدةٍ؛ لأن الكلَّ حالةَ الحَجْرِ والتَّقدُّمِ والتَّأخُّرِ لا يكونُ في الحالة الواحِدةِ، وإذا استَوى الإقراران فيَستَوي[2] بينَ مُوجَبَيهما.

بخِلاف حالتَي الصِّحّةِ والمرَضِ؛ لأن حالةَ الصِّحّةِ حالةُ الإطلاقِ، وحالةَ المرَضِ حالةُ الحَجْرِ، فلم يَستَويا، فلا يُسوّى بينَ مُوجَبَيهما.

وإنما تُقدَّمُ الْمَعروفةُ الأسبابِ: لأنه لا تَتمكَّنُ فيها التُّهمةُ؛ إذ الْمُعايَنُ لا مَرَدَّ له، فصار كالدَّين الثّابتِ بالبيِّنة في مَرَضه، وذلك مِثلُ بدَلِ مالٍ مَلَكه أو استَهلكه، وعُلِم وُجوبُه بغَير إقرارِه، أو تَزوَّج امرَأةً بمَهر مِثلِها، وهذا الدَّينُ مِثلُ دَينِ الصِّحّةِ، لا يُقدَّمُ أحَدُهما على الآخَر؛ لِما مَرّ.

---

(١) في (هـ): التمييز.

(٢) في (هـ): فتستوي.

ولو أقرَّ بعبدٍ في يَده لآخرَ، وعليه دَينُ الصِّحّةِ: لم يَصِحَّ في حقِّ غُرماءِ الصِّحّةِ؛ لأن حقَّهم تَعلَّق به، فكان إقرارُه مُبطِلًا لذلك التَّعلُّقِ، فلا يَصِحُّ.

ولا يَجوزُ للمَريض أن يَقضيَ دَينَ بعضِ الغُرماءِ دونَ البعضِ، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، لأن حقَّ الكلِّ في التَّعلُّق بماله على اعتِبار الموتِ سَواءٌ، فكان إيثارُ البعضِ على البَعض إبطالًا لحقِّ الباقِين، فلا يَجوزُ.

وغُرماءُ الصِّحّةِ والمَرَضِ في ذلك سَواءٌ؛ لتَعلُّق حقِّ الكلِّ بماله.

ولو استَقرَض في مَرَضه[1] ألفًا، وقَبَضه، أو اشتَرى شيئًا بمِثل قِيمتِه، وقَبَضه، ثم قَضى القرضَ، أو نَقَد ثَمَنَ ما اشتَرى: فإن ذلك يَجوزُ على الغُرماء إذا عُلِم ببيِّنةٍ؛ لأن[2] هذا ليس بإيثارٍ ولا بإبطالٍ للحقّ[3]؛ لأنه حَصَّل مِثلَما نَقَد، وحقُّ الغُرماءِ مُتعلِّقٌ بمَعنى التَّركةِ لا بالصُّورة، فإذا حَصَل له مِثلُه مَعنًى لم يُعَدَّ ذلك تَفويتًا.

فإذا[4] قُضِيت الدُّيونُ المُقدَّمةُ[5]، وفَضَل شيءٌ: يُصرَفُ إلى ما أقرَّ به في حال المَرَضِ؛ لأن إقرارَه إنما رُدَّ لحقِّ غُرماءِ الصِّحّةِ، فإذا لم يَبقَ حقُّهم ظَهَرت صِحّتُه؛ لزَوال المانِعِ.

وإن لم يكن عليه دُيونٌ في صِحّته جاز إقرارُه؛ لأنه لا يُؤدِّي إلى إبطال حقِّ الغيرِ، وكان المُقَرُّ له أَولى من الوَرَثة؛ لتَأخُّر الإرثِ عن الدَّين والوصِيّةِ بالنَّصّ[6]، وقد قال

---

(١) في (ج): مرض موته.

(٢) في (ب): لكن.

(٣) في (ب): للحق ثم.

(٤) في (هـ): فإذا أقر.

(٥) في سوى (أ) و(ب): المتقدمة.

(٦) في قوله تعالى بعد بيان الفرائض: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١].

عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا أَقرَّ الْمَريضُ بدَينٍ جاز ذلك عليه في جَميع تَرِكتِه[1].

ولأن حقَّ الوَرَثةِ يَتعلَّقُ بالتَّرِكة بشَرط الفَراغِ عن حاجَته، وقَضاءُ الدَّينِ من الحَوائِج الأصليّةِ؛ ألا تَرى أنه يُقدَّمُ التَّجهيزُ والتَّكفينُ على حقِّ الوَرَثةِ.

مَريضٌ أقرَّ لوارِثه: بطَلَ(ف)، إلا أن يُصدِّقَه البَقِيّةُ.

ولا يَجوزُ إقرارُ الْمَريضِ لوارِثه بدَينٍ أو عَينٍ إلا أن يُصدِّقَه فيه بَقِيّةُ الوَرَثةِ عندَنا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجوزُ؛ اعتِبارًا بحال الصِّحّةِ؛ وهذا لأن الإقرارَ إخبارٌ عن

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١١١: غريب.

وقال في «البناية» ٩/ ٤٧١: هذا غريب لم يتصل ثبوته، وأيضًا نسبته إلى عمر غير صحيح، وإنما هو عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لأنه رُوي في «مبسوط» خواهر زاده وغيره عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، لا عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وكذلك روي في «الأصل» حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب رَحِمَهُ اللَّهُ عن محمد بن عبيد الله العرزمي رَحِمَهُ اللَّهُ عن نافع عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز، وإن أحاط ذلك بماله. وزاد على ذلك الإترازي، وأما الكمال وشيخه الكاكي فقد مشيا على ما هو المذكور في «الهداية» ولم ينبه أحد منهما على ما قلنا. انتهى.

وقال في «الفتح» ٨/ ٣٨٦: قال صاحب «غاية البيان»: فيه نظر؛ لأنه روي في «مبسوط» خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر، وكذا روي في «الأصل» حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال: إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله.

أقول: هذا النظر غير وارد؛ لأن كونه مرويًا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويًا عن عمر أيضًا، فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما، كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر، كما وقع في «الهداية» و«الكافي» وغيرهما، سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل، ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب «البدائع» حيث قال: ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا: إذا أقر المريض لوارثه لم يجز، وإذا أقر لأجنبي جاز. انتهى، فتدبر.

حقٌّ لازِمٍ عليه، وحالُ الْمَريضِ أدَلُّ على الصِّدق؛ لأنه حالُ تَدارُكِ الحُقوقِ، فلا يَجوزُ أن يَثبُتَ الحَجْرُ عن الإقرار به، وصار كالإقرار بوارِثٍ آخرَ؛ إذ كلُّ واحِدٍ من الإقرارَين إضرارٌ بالوارِث الْمَعروفِ، وكالإقرار باستِهلاك وَديعةٍ مَعروفةٍ للوارِث.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا وَصِيّةَ لوارِثٍ، ولا إقرارَ له بالدَّين»[1].

ولأنه آثَر بعضَ وَرَثتِه بشيءٍ من ماله بعدَ تَعلُّقِ حقِّ الكلِّ بماله، فيُرَدُّ، كما لو أوصى له بشيءٍ من ماله؛ وهذا لأن حالةَ المرَضِ حالةُ الاستِغناءِ عن ماله؛ لظُهور آثارِ الموتِ فيه، والظّاهرُ أن الإنسانَ لا يَحتاجُ إلى ماله؛ لانتِهاء آمالِه عندَ إقبالِه على الآخِرة، فيَظهَرُ عندَ استِغنائِه حقُّ أقرِبائِه، ولهذا مُنِع من التَّبرُّع على وارِثه أصلًا، فلو لم يَظهَر تَعلُّقُ حقِّ الغيرِ به لَمَا حُجِر عن التَّبرُّع بماله، فلم يَصِحَّ إقرارُه للوارِث؛ لأنه يُوجِبُ إبطالَ حقِّ الباقِين.

ولا يَلزَمُ أنه يَصِحُّ إقرارُه للأجنَبيِّ، وكما يَثبُتُ التَّعلُّقُ للوارِث في حقِّ وارِثٍ آخرَ ثَبَت للوارِث في حقِّ الأجنبيِّ، حتى لا يَصِحُّ تَبرُّعُ الْمَريضِ بما زاد على الثُّلُث لحقِّ الوارِثِ: لأن هذا التَّعلُّقَ لم يَظهَر في حقِّ الأجنَبيِّ؛ لأنه لو ظَهَر في حقِّه لا يُحجَرُ عن الإقرار له في المرَض، ولو انحَجَر عن الإقرار للأجنَبيِّ في المرَض لامتَنَع الأجنَبيُّ عن

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١١١: أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤٢٩٨) في كتاب الوصايا عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه، قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا وصية لوارث، ولا إقرار له بدين». انتهى، وهو مرسل، ونوح بن دراج ضعيف، نُقل عن أبي داود أنه قال فيه: كان يضع الحديث. انتهى، وأسنده أبو نعيم الحافظ في «تاريخ أصبهان» (١/ ٢٧٣) في ترجمة أشعث بن شداد الخراساني، ثنا يحيى بن يحيى ثنا نوح بن دراج به، ثم ذكر ما معناه أنه روي مرسلًا أيضًا، قال ابن القطان في «كتابه»: وهو الصواب. انتهى. ورواه أبو الشيخ في «طبقات المحدثين» (٣/ ١٧٢)، والبيهقي (١١٤٥٩).

الْمُعامَلة والْمُبايَعةِ معه في الصِّحّة، فتَختلُّ مَصالِحُه، بخِلاف الوارِثِ؛ لأن الْمُبايَعةَ معه نادِرةٌ بالنِّسبة إلى الأجانِب.

ولم يَظهَر في حقِّ الإقرارِ بوارِثٍ آخرَ؛ لأن الإقرارَ بالنَّسب من حَوائجه؛ لكيلا يَضيعَ ماؤُه، فكان مُقدَّمًا على حقِّ وَرَثتِه، وهذا الحَجْرُ لحقِّ الوَرَثةِ، فإذا صَدَّقوه فقد أبطَلوا حقَّهم، فنَفَذ إقرارُه، كما إذا أَجازوا وصِيّتَه.

فإن قِيل: لو أقَرَّ لامرَأته بمَهرها صُدِّق فيما بينَه وبينَ مهرِ مِثلِها، وتَحاصَّ غُرَماءُ الصِّحّةِ به.

قُلنا: لأنه لا تُهمةَ في الإقرار؛ لوُجوب قَدْرِ مهرِ الْمِثلِ بحُكم صِحّةِ النّكاحِ لا بإقراره؛ ألا تَرى أن عندَ الْمُنازَعةِ يُجعَلُ القولُ قولَها إلى قَدْر مهرِ مِثلِها، ولهذا لو أقَرَّ لها زِيادةً[1] على مَهر مِثلِها: بَطَلت الزِّيادةُ؛ لأن وُجوبَه[2] باعتِبار إقرارِه، وهو مُتَّهَمٌ في حقِّها؛ لأنها من وَرَثته.

وكذا لو أقَرّت بقَبض مهرِها في مَرَضها من زَوجها: لم تُصدَّق؛ لأنه إقرارٌ باستِيفاء الدَّينِ من وارِثها، وإقرارُ الْمَريضِ باستِيفاء الدَّينِ من وارِثه باطِلٌ.

وصحَّ لأجنَبيٍّ، وإن أَحاط بماله.

وإن أقَرَّ الْمَريضُ بدَينٍ لأجنَبيٍّ صَحّ، وإن أَحاط بماله.

والقِياسُ: أن لا يَصِحَّ إقرارُه إلا في الثُّلُث؛ لأن الشَّرعَ قَصَر تَصرُّفَه على الثُّلُث، وتَعلَّق بالثُّلُثَين حقُّ الوَرَثةِ، ولهذا لو تَبرَّع بجَميع مالِه لم يَنفُذ إلا في الثُّلُث، فكذا الإقرارُ

(١) في (د): بزيادة.

(٢) في (هـ): وجوبها.

وَجَب أن لا يَنفُذَ إلا فيه، ولكنّا تَركنا القِياسَ بأثَر ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فإنه قال: إذا أقَرّ الرَّجُلُ في مَرَضه بدَينٍ لرَجُلٍ غيرِ وارِثٍ فإنه جائزٌ، وإن أَحاط ذلك بماله(١).

ولأنه لَمّا صَحّ إقرارُه في الثُّلُث؛ لانتِفاء التُّهَمةِ عن إقراره في ذلك القَدْرِ، وتَبيَّن أن ذلك القَدْرَ ليس من جُملة مالِه، فيَصِحُّ في ثُلُث ما بَقِي؛ لأنه الثُّلُثُ بعدَ الدَّينِ، ثم لا يَزالُ يُصَحَّح حتى يَأتيَ الإقرارُ على الكلّ.

ولو أقَرّ له، ثم ببُنُوّته: ثَبَت نَسَبُه، وبَطَل إقرارُه.

ولو أقَرّ لأجنَبيٍّ، ثم قال: (هو ابنِي): ثَبَت نسَبُه منه، وبَطَل إقرارُه.

ولأجنَبيّةٍ، ثم نكَحها: لا(ز)، بخِلاف الهِبةِ والوَصِيّةِ.

وإن أقَرّ لأجنَبيّةٍ، ثم نكَحها: لم يَبطُل إقرارُه لها.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَبطُلُ هذا الإقرارُ أيضًا؛ للتُّهَمة.

ولنا: أنه أقَرّ(٢) وليس بينَهما سببُ التُّهَمةِ، فلا يَبطُلُ بسبَبٍ يَحدُثُ بعدَه.

بخِلاف المَسألةِ الأُولى؛ لأن دِعوةَ النَّسَبِ تَستنِدُ إلى زَمان العُلوقِ، فيَظهَرُ أن البُنُوّةَ ثابِتةٌ(٣) زمانَ الإقرارِ، فلا يَصِحُّ.

أما الزَّوجيّةُ: فتَقتصِرُ على زَمان التَّزوُّجِ، فلا يَظهَرُ أن إقرارَه كان لزَوجته، وبخِلاف ما لو وَهَب لها هِبةً، أو أَوصى لها بوصِيّةٍ، ثم تزوَّجها: فإنها تبطُلُ؛ لأن ذا تَمليكٌ بعدَ الموتِ، وهي وارِثةٌ حينَئذٍ.

---

(١) قال العلامة قاسم في «منية الألمعي» ص٥١: رواه محمد بن الحسن في «الأصل» (٨/ ٢٢٦). انتهى، وقد تقدم تخريجه في أثر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه المار قريبًا.

(٢) في (ج): إقرار.

(٣) في (هـ): كانت.

ولمن طَلَّقها ثَلاثًا فيه: لَزِم الأقَلُّ.

ومن طَلَّق زَوجتَه في مَرَضه ثَلاثًا، ثم أقَرَّ لها بدَينٍ: فلها الأقَلُّ من الدَّين ومن مِيراثها منه؛ لقِيام التُّهَمةِ؛ لبقاء العِدّةِ، وبابُ الإقرارِ كان مُنسدًّا؛ لبقاء الزَّوجيّةِ، فربما أقدَم على الطَّلاق ليَصِحَّ إقرارُه لها زِيادةً على إرثها، ولا تُهَمةَ[1] في أقَلِّهما[2]، فيَثبُتُ.

(١) في (د): والتهمة.

(٢) في (هـ): في أقل الأمرين.

فَصْلٌ
[في بيانِ الإقرارِ بالنَّسَبِ]

أَقَرَّ بغُلامٍ مَجهولٍ يُولَدُ لِمِثله أنه ابنُه، وصَدَّقه: ثَبَت نَسَبُه، ولو مَريضًا، وشارَكَ الوَرَثَةَ، كالوالِدَين، والزَّوجِ، والْمَولى.

ومن أَقَرَّ بغُلامٍ ليس له نسَبٌ مَعروفٌ، ويُولَدُ مِثلُه لِمِثله.. أنه ابنُه، وصَدَّقه الغُلامُ: ثَبَت نسَبُه منه وإن كان مَريضًا؛ لأن النَّسَبَ يَلزَمُه خاصّةً، فلا مانِعَ من صِحّة إقرارِه به.

وشُرِط أن لا يَكونَ له نسَبٌ مَعروفٌ: لأن ذلك يَمنَعُ ثُبوتَ نسَبِه من الغَير.

وأن يُولَدَ مِثلُه لِمِثله: لئلا يَكونَ مُكذَّبًا ظاهِرًا.

وأن يُصدِّقَه الغُلامُ: لأن الْمَسألةَ في غُلامٍ يُعبِّرُ عن نَفسه، فلا بُدَّ من تَصديقه؛ لأنه في يَد نفسِه، أما إذا كان صَغيرًا لا يُعبِّرُ عن نَفسه: فلا يُعتبَرُ تَصديقُه.

ولا يَمنَعُ المرَضُ من صِحّة هذه الدَّعوى؛ لأن النَّسَبَ من الحَوائِج الأصلِيّةِ، فصار كالنِّكاح بمَهر الْمِثلِ.

وشارَكَ الوَرَثةَ في الْمِيراث؛ لأنه لَمّا ثَبَت نسَبُه منه صار كالوارِث الْمَعروفِ، فيُشارِكُهم فيه.

ويَجوزُ إقرارُ الرَّجُلِ بالوَلَد والوالِدَين -بالشَّرائِط التي بَيَّنّا- والزَّوجةِ والْمَولى؛ لأن مُوجَبَ الإقرارِ يَثبُتُ فيما بينَهما بتَصادُقهما، وليس فيه تَحميلُ النَّسَبِ على الغَير.

والشَّرطُ: أن تكونَ الْمَرأةُ خالِيةً عن نِكاح الغيرِ وعِدّتِه، وأن لا يَكونَ تحتَ الْمُقِرِّ أُختُها ولا أربَعٌ سِواها.

ولا فرقَ بينَ وَلاءِ الأَعلى أو الأسفَلِ إذا لم يكن للمُعتَق وَلاءٌ[1] من جِهة الغيرِ.

وهي مِثلُه في غَيرِ الوَلَدِ.

ويُقبَلُ إقرارُ الْمَرأةِ بالوالِدَين والزَّوجِ والْمَولى؛ لِما مَرَّ في جانِبه..

وكذا فيه إن صَدَّق زَوجُها، أو شَهِدت قابِلةٌ[2].

فأما إذا أقَرَّت بالوَلَد: فلا يُقبَلُ؛ لأن فيه تَحميلَ النَّسَبِ على الزَّوجِ؛ إذ النَّسَبُ منه، قال اللهُ تَعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥]، إلا أن يُصدِّقَها الزَّوجُ؛ لأن[3] الحقَّ له، أو يَشهَدَ بالوِلادة قابِلةٌ؛ لأن شَهادةَ القابِلةِ في هذا مَقبولةٌ، وقد فَصَّلنا إقرارَ الْمَرأةِ في كِتاب الدَّعوى.

ولا بُدَّ من تَصدِيق هؤلاء؛ لأنهم في أيدِي أنفُسِهم، فيَتوقَّفُ نَفاذُ الإقرارِ على تَصدِيقهم.

وصحَّ تَصديقُ هؤلاء بعدَ مَوتِ الْمُقِرِّ، إلا تَصديقَ(س م) الزَّوجِ بعدَ مَوتِها.

ويَصِحُّ التَّصديقُ في النَّسَب بعدَ موتِ الْمُقِرِّ؛ لبَقاء النَّسَبِ بعدَ الموتِ.

وإن أقَرَّ بنِكاحها، ومات، فصَدَّقَتْه بعدَ موتِه: يَصِحُّ، حتى يَكونُ لها المهرُ والإرثُ.

وإن أقَرَّت بنِكاح رَجُلٍ، وماتت، فصَدَّقها الزَّوجُ: لم يَصِحَّ تَصديقُه عندَ أبي حنيفة

---

(١) في سوى (د): ولا.

(٢) القابلة: التي تتلقي الولد عند ولادته. «لغة الفقهاء» ص٣٥٣.

القابلة: المولِّدة. «التعريفات الفقهية» ص٢٢١.

(٣) في (هـ): إلا أن.

رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنها لَمّا ماتت زال النّكاحُ بعَلائِقه، حتى يَجوزُ له أن يَتزوَّجَ أُختَها وأربَعًا سِواها، ولا يَحِلُّ له أن يَغسِلَها، فبَطَل إقرارُها، فلا يَصِحُّ التَّصديقُ بعدَ بُطلانِ الإقرارِ.

وعندَهما: يَصِحُّ تَصديقُه بعدَ موتِها، وعليه مهرُها، وله الْمِيراثُ منها؛ لأن الإقرارَ بالنّكاح لا يَبطُلُ بالْمَوت؛ بدَليل جانِبِه.

قُلنا: عَلائِقُ النّكاحُ تَبقى بعدَ موتِه؛ لأنه مالِكٌ، فبَقِي مِلكُه إلى انقِضاء العِدّةِ، ولهذا يَحِلُّ لها أن تُغسِّلَه، فاعتُبِر تَصديقُه، بخِلاف جانِبِها؛ لأنها مَملوكةٌ، وذا حقٌّ عليها.

ولا يَصِحُّ التَّصديقُ على اعتِبار الإرثِ؛ لأنه مَعدومٌ زَمانَ الإقرارِ، والتَّصديقُ إذا صَحَّ استَنَد إلى زَمان الإقرارِ، وتلك الحالةُ ليست بحَالة حِرمانِ[1] الإرثِ، فلا يُمكِنُ اعتِبارُ التَّصديقِ باعتِبار إرثٍ سيحَدُثُ[2].

ولو أقَرَّ بأخِيه، وجدِّه، وابنِ ابنِه: بَطَل، إلا أن يَدَّعِيَ إرثًا، أو نَفقةً، أو حَضانةً، والْمَعروفُ أحَقُّ، وإلا وَرِثَه.

وإن أقَرَّ بأخٍ، أو عمٍّ، أو جدٍّ، أو ابنِ ابنٍ: لا يُقبَلُ إقرارُه في النَّسَب؛ لأن فيه حَمْلَ النَّسَبِ على الغَير.

فإن ادَّعى إرثًا، أو نَفقةً، أو حَضانةً: يُعتبَرُ في حقِّها، فإن كان للمُقِرِّ وارِثٌ مَعروفٌ قَريبٌ أو بَعيدٌ: فهو أحَقُّ بالإرث من الْمُقَرِّ له، حتى لو أقَرَّ بأخٍ وله عمّةٌ أو خالةٌ: فالإرثُ للعَمّة والخالةِ[3]؛ لأنه لم يَثبُت نسَبُه، فلا يُزاحِمُ الوارِثَ الْمَعروفَ.

ولا يَكونُ له الثُّلُثُ بالوَصِيّة؛ لأنه ما أوجَبه وصِيّةً، وإنما أوجَبه إرثًا، وإن لم يكن

(١) في سوى (أ) و(ج): جريان.

(٢) في (ج): باعتبارات ستحدث، وفي (هـ): باعتبار وارث سيحدث.

(٣) في (ب): أو خالة، وفي (هـ): أو الخالة.

له وارثٌ استحقَّ الْمُقَرُّ له ميراثَه؛ لأن له ولايةً على ماله، وقد جعَل مالَه له؛ ألا ترى أن له أن يُوصيَ بكلِّه، فيَستحِقَّ كلَّ المالِ وإن لم يَثبُت نسَبُه منه.

وهذا ليس بوصِيّةٍ حَقيقةً، حتى لو أقَرَّ بأخٍ، ثم أَوصى لآخرَ بكلِّ مالِه: فللمُوصَى له ثُلُثُ المالِ، ولو كان الأوَّلُ وصِيّةً لاشترَكا نِصفَين، لكنه في مَعنى الوصِيّةِ، حتى لو أقَرَّ في مَرَضه بأخٍ، وصَدَّقه الْمُقَرُّ له، ثم أنكر الْمُقِرُّ وِراثتَه[1]، ثم أَوصى بكلِّ مالِه لآخرَ، ومات، ولا وارِثَ له: فكلُّ مالِه للمُوصَى له بكلِّ المالِ، ولا شيءَ للمُقَرِّ له.

ولو لم يُوصِ لأحدٍ، وقد جَحَد ما أقَرَّ به: فمالُه لبَيت المالِ؛ لأن الرُّجوعَ صَحيحٌ بمَنزِلة الرُّجوعِ عن الوَصِيّة؛ لعَدَم ثُبوتِ النَّسَبِ، فبَطَل إقرارُه.

مات أبُوه، فأقَرَّ بأخٍ: شَرِكه، وبأخت: لها ثُلُثٌ.

ومن مات أبُوه، فأقَرَّ بأخٍ: لم يَثبُت نسَبُ أخِيه؛ لِما مَرَّ، وشارَكه في الإرث؛ لأن مُقتضى إقرارِه شَيئان: حَمْلُ النَّسَبِ على الغَير، ولا وِلايةَ له عليه، وشِرْكتُه في الإرث، وله فيه وِلايةٌ، فيَثبُتُ ما له فيه وِلايةٌ، ولا يَثبُتُ ما لا وِلايةَ له فيه، كمن اشتَرى عبدًا، فأقَرَّ أن البائعَ كان أعتَقه: نَفَذ[2] إقرارُه بالعَتق.

ولا يُعتبَرُ في حقِّ الرُّجوعِ بالثَّمَن على البائِع، فلو أقَرَّ بأخٍ، وجَحَده أخُوه: أُعطِي نِصفَ ما وَجَده، وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ثُلُثَ ما وَجَده.

ولو أقَرَّ بأختٍ وأنكَر أخُوه: أُعطِي ثُلُثَ ما وَجَده، وعندَه: خُمُسَ ما وَجَده.

ولو أقَرَّ ابنٌ وبِنتٌ بأخٍ، وكَذَّبهما[3] ابنٌ وبِنتٌ: يُقسَمُ نَصيبُ الْمُقِرَّين بينَهم أخماسًا،

(١) في (هـ): قرابته.

(٢) في (هـ): يعتبر.

(٣) في سوى (هـ): وكذبه.

وعندَه[1]: أرباعًا.

تَرَكَ ابنَين[2]، وله على آخَرَ ألفٌ، فأقَرَّ أحَدُهما بقَبض أبِيه نِصفَه: لا شيءَ له[ف]، وللمُكذِّب نِصفُه.

ومن مات وتَرَكَ ابنَين، وله على رَجُلٍ ألفُ دِرهَمٍ، فأقَرَّ أحدُ الابنَين أن أَباه قَبَض منه نِصفَه، وكَذَّبه الابنُ الآخرُ: فلا شيءَ للمُقِرّ، وللمُكذِّب نِصفُه؛ لأن الإقرارَ باستِيفاء الدَّينِ إقرارٌ بالدَّين على الميْت؛ لأن قبْضَ الدَّينِ إنما يَكونُ بقَبض عَينٍ مَضمونٍ حتى يَصيرُ دَينًا، فيَتقاصّان.

فإذا كَذَّبه أُخوه استَغرَق الدَّينُ نَصيبَه عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لأنه أقَرَّ بالدَّين، وهو مُقدَّمٌ على الإرث، فما[3] لم يَقضِ جَميعَ الدَّينِ لا يَكونُ له من الْمِيراث شيءٌ، ولا يَرجِعُ الْمُقِرُّ على أخِيه بنِصف ما قَبَض، وإن تَصادَقا على أن الْمَقبوضَ مُشترَكٌ بينَهما؛ لأنه لو رَجَع على أخِيه لرَجَع أُخوه على الغَريم، فيَرجِعُ الغَريمُ على الْمُقِرّ بقَدْر ذلك؛ لانتِقاض الْمُقاصّةِ في ذلك القَدْرِ وبَقائِه دَينًا على الميْت، والدَّينُ مُقدَّمٌ على الإرث، فيُؤدِّي إلى الدَّور.

ولو أقَرَّ بقَبض كلِّه فكذلك، وحَلَّفه على عِلمه، بخِلاف الأوَّلِ، ورَجَع بنِصفه في تَرِكته من نَصيبه.

وإن أقَرَّ أحَدُهما أن الميْتَ كان قَبَض كلَّ الألفِ، وكَذَّبه الآخَرُ، وقد تَرَكَ الميْتُ ألفًا آخرَ، واقتَسَماه: رَجَع الْمُكذِّبُ على الغَريم بنِصفه بعدَ أن يُحلَّفَ الْمُكذِّبُ بالله ما

(١) في (ج): وعندهما.

(٢) في (م) و(ف): اثنين.

(٣) في (ب): فأما، وفي (ج): فلما، وفي (هـ): قضاء.

يَعلَمُ أن الميْتَ قَبَض الكلَّ، فإن نكَل بَرِئ الغَريمُ عن كلِّ الدَّينِ، بخِلاف الأوَّلِ؛ لأن الغَريمَ هناك يَدَّعي البَراءةَ عن خَمسمِائةٍ، وقد حَصَل له البَراءةُ عن خَمسمِائةٍ بإقرار الْمُصدِّقِ، فلا يُحلَّفُ الْمُكذِّبُ لحقِّ[1] الغَريمِ.

وهنا الغَريمُ يَدَّعي البَراءةَ عن الأَلف، وقد بَرِئ عن خَمسمِائةٍ، ويَرجِعُ الغَريمُ على الابن الْمُقِرِّ بنِصف الألفِ الذي أخَذه من تَرِكةِ أبيه؛ لأن مِن زعمِه أن الميْتَ قَبَض كلَّ الألفِ، وصار ذلك دَينًا عليه، وبَطَلت الْمُقاصّةُ فيما قَبَض الابنُ الْمُكذِّبُ، وبَقِيت خَمسُمائةٍ دَينًا على الميْت، والدَّينُ مُقدَّمٌ على الإرث.

تَرَك ثَلاثةً، وله على أحَدهم ألفٌ، فأقَرَّ في مَرَضه بقَبضه، وصَدَّقه هو وأخٌ: بَرِئ من ثُلُثَيه، وغَرِم ثُلُثَ الْمُنكِرِ، ورَجَع به في تَرِكته من نَصيبه ونَصيبِ أخِيه.

وإن مات وتَرَك ثَلاثةَ بَنينَ، وله على أحَدهم ألفُ دِرهَمٍ، فأقَرَّ في مَرَضه بقَبضه، وصَدَّقه الابنُ الغَريمُ وأخٌ[2]، وكَذَّبه الثّالثُ: بَرِئ الابنُ الغَريمُ من ثُلُثَيه: ثُلُثِه وثُلُثِ الْمُصدِّقِ، وغَرِم ثُلُثَ الْمُنكِرِ؛ لأن الإقرارَ بالاستِيفاء إقرارٌ بالدَّين للوارِث، وهو وصِيّةٌ، فصَحَّ في حقِّ من صَدَّقه وأجازه لا في حقِّ من كَذَّبه.

فإن تَرَك الميْتُ ألفًا آخَرَ، واقتَسَموا بينَهم أثلاثًا: الثُّلُثُ للمُكذِّب، وبَقِي الثُّلُثان للمُصدِّق والغَريمِ، فيَأخُذُ الابنُ الغَريمُ ثُلُثًا بحُكم دَينِه بتَصادُقهما أن قَدْرَ الثُّلُثِ صار دَينًا على الميْت؛ لبُطلان الْمُقاصّةِ فيه، حيث أخَذ الْمُكذِّبُ من الغَريم قَدْرَ الثُّلُثِ، والدَّينُ مُقدَّمٌ على الإرث، بَقِي ثُلُثٌ آخرُ، فيُقسَمُ بينَهما نِصفَين.

ولو أقَرَّ في مَرَضه ببَيع عبدِه منه في صِحّته، وقَبْض ثَمَنِه، وصَدَّقه هو وأخٌ: صحَّ في

(١) في (د) و(هـ): بحق.

(٢) في (ب): وأباه.

ثُلُثَيه، وبَطَل(س-م) في ثُلُثه، وخُيِّر، فإن أَمضى: أَخَذ ثُلُثَيه، ورَجَع بثُلُث الثَّمَنِ في نَصيبهما، وإن فَسَخ: فالعبدُ بينَهم أثلاثًا، ورَجَع بكلِّ الثَّمَنِ في نَصيبهما.

ولو أقرَّ في مَرَضه أنه باع عبدَه في صِحّته من ابنه فُلانٍ، وقَبَض ثَمَنَه، وأنفَقه في حَاجته، وسَلَّم العبدَ إليه، ثم أودَعه إليه، ثم مات، وصَدَّقه الابنُ الْمُقَرُّ له وأخٌ، وكَذَّبه الثَّالثُ: بَطَل في ثُلُث الْمُكذِّبِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وصَحَّ في ثُلُثَيه، وخُيِّر؛ لتفرُّق الصَّفْقةِ عليه.

وهذا لأنه مُتَّهَمٌ في إسناد البيعِ إلى حال الصِّحّةِ، فيُجعَلُ كأنه أنشَأ البيعَ في المرَض، فإن أَمضى أَخذ[1] ثُلُثَيه[2] ورَجَع بثُلُث الثَّمَنِ في نَصيب نفسِه ونَصيبِ الْمُصدِّقِ من التَّرِكة؛ لتَصادُقهما أن ذلك القَدْرَ صار دَينًا له على الميْت باستِحقاق ثُلُثِ العبدِ عليه، والدَّينُ مُقدَّمٌ على الإرث.

وإن فَسَخ صار العبدُ بينَهم أثلاثًا، ورَجَع الْمُقَرُّ له بكلِّ الثَّمَنِ في نَصيبه ونَصيبِ الْمُصدِّقِ من العَبد، ومن مالٍ آخرَ إن كان للمَيْت مالٌ آخرُ؛ لتَصادُقهما على صَيرورة ذلك دَينًا على الميْت.

وعندَهما: لا يُنقَضُ[3] البيعُ في شيءٍ من العَبد، ولكن يُدفَعُ ثُلُثُ الثَّمَنِ إلى الْمُكذِّبِ؛ لأن إقرارَ الْمَريضِ باستيفاء الثَّمَنِ لم يَثبُت في حقِّ الْمُكذِّبِ.

---

(١) في سوى (ب) و(هـ): أحد.

(٢) في (د): بثلثيه.

(٣) في سوى (ج): ينقص.

المتفرِّقات

الأصلُ: أن الكَلامَ إذا وَجد نَفاذًا على الْمُتكلِّم يَنفُذُ عليه، وإن تَعذَّر تَنفيذُه يَتوقَّفُ على الغَير إن أمكَن، والنَّسَبُ لا يَحتمِلُ الشِّرْكةَ؛ لأن انخِلاقَ[1] الولَدِ من ماء الرَّجُلَين مُمتنِعٌ، وفيما إذا ادَّعيا معًا الأبُ أحَدُهما حَقيقةً، ولكن لعَدَم رُجحانِ أحَدِهما على الآخَر أُضِيف إليهما في حقِّ الأحكامِ.

والتَّدبيرُ والاستِيلادُ يَحتمِلان الشِّرْكةَ.

قال أحَدُ سَيِّدَي طِفلٍ: (هو ابنِي وابنُك)، ووَصَل، أو عَكَس، أو (ابنُنا): ثَبَت نَسَبُه منه، صَدَّقه شَريكُه أوْ لا.

قال أحَدُ سَيِّدي طِفلٍ لا يُعبِّرُ عن نَفسه: (هو ابنِي وابنُك)، ووَصَل، أو عَكَس، أو (ابنُنا[2]): ثَبَت نسَبُه من الْمُقِرّ، صَدَّقه شَريكُه أو كَذَّبه؛ لأنه لَمّا قال: (هو ابني) ثَبَت نسَبُه منه؛ لعَدَم المانِعِ من النَّفاذ، وقِيامِ الوِلاية عليه، وبَطَل آخِرُ كَلامِه؛ لأن النَّسَبَ لا يَحتمِلُ الشِّرْكةَ، ولَمّا بَطَل آخِرُ كَلامِه استَوى تَصديقُه وتكذيبُه.

وكذا إذا قال: (هو ابنُنا)، وكذا إذا عَكَس[3]؛ لأنه ذَكَر في آخِر كَلامِه ما يُغيِّرُ أوَّلَه، فيُجعَلُ الكلُّ كَلامًا واحِدًا كما في الشَّرط، وصار كأنه قال: (هو ابنُنا)، فيَثبُتُ النَّسَبُ

(١) في (هـ): انعلاق.

(٢) في (ب) و(ج): أثبتا.

(٣) أي قال: (هو ابنك وابني).

منه، ولا يَثبُتُ النَّسبُ من الآخر.

وكذا لو فَصَل وبَدَأ بنفسه، ولو بَدَأ بشريكه، وقال شَريكُه: (ابنِي وابنُك)، أو (ابنُنا): ثَبَت من شَريكه، وإن كَذَّبه: لا يَثبُتُ من أحَدٍ(س م).

وكذا لو فَصَل بالسُّكوت، وبَدَأ بنفسه، وهذا ظاهِرٌ.

ولو بَدَأ بشَريكه وقال شَريكُه: (ابني وابنُك) أو (ابنُنا): ثَبَت من شَريكه.

وإن كَذَّبه شَريكُه: لا يَثبُتُ من أحدٍ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: يَثبُتُ من الْمُقِرِّ.

وأصلُه: أنه إذا أقَرَّ بنَسَب ولَدِ أمتِه من عَبده، وكَذَّبه العبدُ، ثم ادَّعى لنَفسه: لا يَصِحُّ عندَه[1]، خِلافًا لهما، وقد مَرَّت.

وكذا إن كان يُعبِّر، وأقَرَّ بالرِّق، وإلا لا بُدَّ من تَصديقه.

وكذا إن كان يُعبِّرُ عن نَفسه، وأقَرَّ بالرِّقّ؛ لأن قولَ الرَّقيقِ لا يُعتبَرُ.

فإن صَدَّقهما، أو الْمُقِرَّ: ثَبَت نسَبُه منه، وإن صَدَّق شَريكَه: وُقِف على تَصديقه.

وإن لم يُقِرَّ به: فلا بُدَّ من تَصديقه، فإن صَدَّقهما أو صَدَّق الْمُقِرَّ: ثَبَت النَّسَبُ من الْمُقِرّ، أما إذا صَدَّق الْمُقِرَّ: فظاهِرٌ، وكذا إن صَدَّقهما؛ لأن إقرارَه سابِقٌ، فالتَحَق التَّصديقُ بالإقرار.

وإن صَدَّق شَريكُه: تَوقَّف على تَصديقه؛ لأن نسَبَ الحُرِّ من الحُرِّ لا يَثبُتُ إلا بتَصادُقهما؛ لِما مَرّ.

ولم يَسْعَ، ولم يَضمَن الْمُقِرُّ إن ثَبَت نَسَبُه منه وصُدِّق، كعبدٍ ادَّعاه أحَدُ سَيِّدَيه، وشَهِد

---

(1) في (د): عندنا.

بِإعتاق شَريكِه قبْلَه وصَدَّقه، وإن كَذَّب في نَسَبه له ولنَفسه: فكعبدٍ حَرَّره أحَدُ سَيِّدَيه.

ولم يَسْعَ، ولم يَضمَن الْمُقِرُّ إن ثَبَت نسَبُه منه وصَدَّقه شَريكُه؛ لتَصادُقهما على أنه حُرُّ الأصلِ، وصار كعبدٍ ادَّعاه أحدُ سيِّدَيه أنه ابنُه، ثم شَهِد بإِعتاق شَريكِه قبلَ أن يَدَّعيَه، وصَدَّقه صاحِبُه، فإنه لا ضَمانَ ولا سِعايةَ فيه، وإن كَذَّبه شَريكُه في النَّسَب له ولنَفسه صار كعبدٍ حَرَّره أحدُ سيِّدَيه، وحُكمُه قد مَرّ.

قال أحَدُ سَيِّدَي أمةٍ: (هي أُمُّ وَلَدي)، وقال الآخَرُ: (أعتقتُها قبْلَه): ضَمِن الأوَّلُ.

قال أحدُ سيِّدَي أمةٍ: (هي أُمُّ وَلَدي)، وقال الآخرُ: (كُنتُ أعتقتُها قبلَ أن يَدَّعيَ): ضَمِن الْمُستولِدُ نِصفَ قِيمتِها لشَريكه؛ لأن إقرارَه بأُمِّيّة الولَدِ نَفَذ، وصار مُتملِّكًا نَصيبَ صاحِبه بالضَّمان.

وإن قال: (حَرَّرتُ أنا وأنت)، أو عَكَس، أو (حَرَّرنا)، أو (أُمُّ وَلَدي وأُمُّ وَلَدِك) أو (دبَّرتُها وأنت)... إلى آخِره: فإن صَدَّقه شَريكُه: فهي حُرَّةٌ، أو أُمُّ وَلَدٍ أو مُدبَّرةٌ لهما، وإلا فأمةٌ، حَرَّر، أو استَولَد، أو دبَّر.. أحَدُهما.

وإن قال: (حَرَّرتُ أنا وأنت)، أو (أنت وأنا)، أو (حَرَّرنا)، أو قال: (هي أُمُّ وَلَدي وأُمُّ وَلَدك)، أو (أُمُّ ولَدِك وأُمُّ وَلَدي)، أو (أُمُّ ولَدِنا)، أو قال: (دَبَّرتُها أنا وأنت)، أو (أنت وأنا)، أو (دَبَّرناها).. فإن صَدَّقه شَريكُه: فهي حُرَّةٌ أو أُمُّ ولَدٍ أو مُدبَّرةٌ لهما، وإن كَذَّبه شَريكُه: فهي كأمةٍ حَرَّرها أو استَولَدها أو دبَّرها أحَدُهما، وقد عُرِف.

حُرَّةٌ أقَرَّت بدَينٍ، وكَذَّب زَوجُها: صحَّ في حقِّه(س م)، وتُحبَس، وتُلازَمُ، كالْمُعايَنة والبيِّنةِ.

حُرَّةٌ أقَرَّت بدَينٍ، ولها زوجٌ، فكَذَّبها زوجُها: صَحَّ في حقِّ الزَّوجِ عندَ أبي حنيفة

رَحِمَهُٱللَّهُ، حتى تُحبَسُ وتُلازَمُ، كالدَّين الثّابتِ بالْمُعايَنة بالاستِهلاك أو الشِّراءِ أو بالبيِّنة.

وعندَهما: لا يُصدَّقُ في حقِّ الزَّوجِ، فلا تُحبَسُ ولا تُلازَمُ؛ لأن فيه منْعَ الزَّوجِ[1] عن غِشيانها، وإقرارُها لا يَصِحُّ فيما يَرجِعُ إلى بُطلان حقِّ الزَّوجِ.

مَجهولةٌ أقَرَّت بالرِّق، وكَذَّب زَوجُها: صحَّ في حقِّها دونَ حقِّه، وخِيارِ العِتقِ، والوَلَدِ، إلا أن يَعلَقَ[2] بعدَه.

مَجهولةُ النَّسَبِ أقَرَّت بالرِّقِّ لإنسانٍ، ولها زوجٌ وأولادٌ من الزَّوج، وكَذَّب زوجُها: صَحَّ في حقِّها، دونَ حقِّه وخِيارِ العَتقِ والولَدِ.

إلا أن يَعلَقَ ولَدٌ بعدَ الإقرارِ، فإنه يَكونُ رَقيقًا عندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأنه حَكَم برِقِّها، وولَدُ الرَّقيقةِ رَقيقٌ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: هو حُرٌّ؛ لأنه تَزوَّجها بشَرط حُرِّيّةِ أولادِها منها، فلا يُصدَّقُ على إبطال هذا الحقِّ.

فلو آلى، وأقَرَّت قبلَ شَهرَين: فهما مُدّتُه، وبعدَهما: أربَعةٌ.

فلو آلى وأقَرَّت قبلَ شَهرَين: فهما مُدّتُه، وإن أقَرَّت بعدَ مُضِيِّ شَهرَين فأربَعةٌ.

والأصلُ[2]: أنه متى أمكَنه تَدارُكُ ما خاف فوتَه بإقرار الغيرِ، ولم يَتدارَك: بَطَل حقُّه؛ لأن فَواتَ حقِّه مُضافٌ إلى تَقصيره حينَئذٍ، وإن لم يُمكِنه التَّدارُكُ لا يَصِحُّ الإقرارُ في حقِّه، فإذا أقَرَّت بعدَ شهرٍ[3] أمكَن للزَّوج التَّدارُكُ في شهرٍ بعدَه، فلم تَصِر مُبطِلةً حقَّه، وإذا أقَرَّت بعدَ شَهرَين لا يُمكِنُه التَّدارُكُ.

(١) في (ج): الرجوع.

(٢) في (هـ): فالأصح.

(٣) في (ب): شهرين.

وكذا الطَّلاقُ والعِدّةُ.

وكذا الطَّلاقُ والعِدّةُ، حتى لو طَلَّقها ثِنتَين، ثم أقَرّت بمِلك الثّالثةِ، ولو أقرّت قبلَ الطَّلاقِ تَبينُ بثِنتَين، ولو مَضت من عِدّتها حَيضتان، ثم أقَرّت بمِلك الرَّجعةِ، ولو مَضت حَيضةٌ، ثم أقَرّت: تَبينُ بحَيضتَين.

والأصلُ: إمكانُ التّدارُكِ وعدَمُه[1].

ولو مَلَّكها أو أجنَبيًّا ثِنتَين، أو عَلَّقهما لا بفِعله، فأقَرّت، ووَقَعتا: له الرَّجعةُ، بخِلاف الوَكيلِ، وإن جُنِي عليها: فأَرْشُ الأمةِ له، وإن جَنَت: يَدفَعُ الْمُقَرُّ له أو يَفدِي.

ولو قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ ثِنتَين)، أو قال لأجنَبيٍّ: (طَلِّقها ثِنتَين إن شِئتَ)، أو قال: (إذا جاء رأسُ الشَّهرِ فأنتِ طالِقٌ ثِنتَين)، فأقَرّت، ووَقَعتا: له الرَّجعةُ؛ لأن التَّدارُكَ ليس في يَده، بخِلاف الوَكيلِ بتَطليقتَين؛ لإمكان التَّدارُكِ بالعَزل.

وإن جَنى عليها: فأَرْشُ الأمةِ للمُقَرِّ له؛ لأنه لا حقَّ للزَّوج في أطرافها، وإن جَنَت: خُيِّر الْمُقَرُّ له بينَ الدَّفعِ والفِداءِ؛ لأنه لا ضرَرَ للزَّوج في ذلك، فإنه لا يَكونُ للمَدفوع إليه أن يَقبِضَها من يَد الزَّوجِ، كما لم يكن ذلك للمُقَرِّ له.

مَجهولٌ حَرَّر عبدَه، وأقَرّ بالرِّقّ: صَحَّ في حقِّه، وعبدُه حُرٌّ، وإرثُه لوَرَثته، ثم للمُقَرِّ له، فإن مات الْمُقِرُّ، ثم الْمُعتِقُ: فإرثُه لعَصَبة الْمُقِرِّ، بخِلاف ما لو كان حَيًّا، وإن جَنى سَعى.

مَجهولُ النَّسَبِ إذا حَرَّر عبدَه، ثم أقَرَّ بالرِّقِّ لإنسانٍ، وصَدَّقه الْمُقَرُّ له: صَحَّ في حقِّه، حتى صار رَقيقًا له، ولا يَصِحُّ في إبطال العَتقِ، حتى بَقِي مُعتَقُه حُرًّا.

فإن مات الْمُعتِقُ فإرثُه لوَرَثته؛ لأنه مُكذَّبٌ في زَعمهم، فإن لم يكن له وَرَثةٌ فللمُقَرِّ

---

(١) في (ب): وقد مر.

له؛ لأنه للمُقِرِّ[1]، وقد أقرَّ للمُقَرِّ له.

فإن مات الْمُقِرُّ ثم الْمُعتِقُ: فإرثُه لعَصَبة الْمُقِرِّ؛ لأنه لَمّا مات انتَقَل الوَلاءُ إليهم، بخِلاف ما لو كان حيًّا؛ لأن الاستِحقاقَ له، وقد أقرَّ أن الحقَّ للمُقَرِّ له[2].

وإن جَنى الْمُعتَقُ سَعى في جِنايته؛ لأنه لا عاقِلةَ له، وإن جُنِي عليه يَجِبُ أرشُ العبدِ؛ لأن الظّاهرَ لا يَصلُحُ للإلزام.

مات عن ثَلاثة أعبُدٍ، قِيمةُ كلٍّ ثَلاثُمائةٍ، فقال وارِثُه: (أعتَق أبِي في مَرَضه هذا وهذا وهذا): عَتَق ثُلُثُ كلٍّ، وبمَوت واحِدٍ: سَعى كلٌّ في ثَلاثة أرباعِه، وبمَوت آخَرَ: سَعى الحيُّ في سِتّة أسباعِه.

مات عن ثَلاثة أعبُدٍ قِيمةُ كلِّ واحِدٍ ثَلاثُمائةٍ، لا مالَ له غيرُهم، وتَرَك ابنًا لا وارِثَ له غيرُه، فقال الابنُ: (أعتَق أبِي في مَرَضه هذا وهذا وهذا): عَتَق ثُلُثُ كلِّ واحِدٍ، وسَعى في ثُلُثَيه؛ لأن الجمعَ بحَرف الجمعِ كالجَمع بلَفظ الجمع، إذا ذُكِر في آخِره ما يُغيِّرُ حُكمَ أوَّلِه مَوصولًا، وقد ذُكِر في آخِره ما يُغيِّرُ أوَّلَه، وهو كلُّ العَتقِ للأوَّل؛ ألا تَرى أنه لو اقتَصَر عليه تَسلَمُ كلُّ الرَّقَبةِ للأوَّل، فكأنه قال: (أعتَق أبِي هؤلاء في مَرَضه)، وثَمَّ[3] يَعتِقُ من كلِّ واحِدٍ ثُلُثُه[4] مجّانًا، ويَسعى في ثُلُثَي قِيمتِه، كذا هنا.

ولو مات واحِدٌ: سَعى كلُّ واحِدٍ من الباقِيين في ثَلاثة أرباعِه؛ لأن الأصلَ أن المالَ متى كان مُشترَكًا فما ذَهَب يَذهَبُ على الشَّرِكة، وما بَقِي يَبقى على الشَّرِكة، وحقُّ

---

(١) في (ج): المقر.

(٢) قوله: (لأن الاستحقاق له، وقد أقر أن الحق للمقر له) غير مثبت في (أ) و(هـ).

(٣) في (د) و(هـ): ولم.

(٤) في (هـ): إلا ثلثه.

الوارِثِ في سِتَّةٍ، وحقُّ الباقِيَين في سَهمَين، فيَعتِقُ من كلِّ واحِدٍ سهمٌ من أربَعةٍ، ويَسعى في الباقِي.

وإن مات اثنان: سَعى الباقِي في سِتّة أسباعِه؛ لأن حقّه في سهمٍ، وحقّ الوارِثِ في سِتّةٍ.

ولو سَكَت بينَ كلٍّ: عَتَق الأوَّلُ، ونصفُ الثّانِي، وثُلُثُ الثّالثِ، ولا يَتغيَّرُ بمَوت الأوَّلِ، وبمَوت الأوسَطِ عَتَق من الثّالِث ثَمانيةٌ وسَبعون وأربَعةُ أسباعٍ.

ولو سَكَت بينَ كلِّ إقرارٍ: عَتَق كلُّ الأوَّلِ؛ لأنه الثُّلُثُ، ولا مُزاحِمَ له، ونُصّفُ الثّانِي؛ لأنه أقرَّ أن الثُّلُثَ بينَهما نِصفان، إلا أن الرُّجوعَ عن الأوّل لا[1] يَصِحُّ، وثُلُث الثّالثُ؛ لإقراره أن الثُّلُثَ بينَهم أثلاثًا.

ولا يَتغيَّرُ بمَوت الأوَّلِ حُكمُ الباقِيَين؛ لأنه عَتَق كلُّه بلا سِعايةٍ، فإن مات الأوسَطُ عَتَق من الثّالِث ثَمانيةٌ وسَبعون دِرهَمًا وأربَعةُ أسباعِ دِرهَمٍ من قِيمته، ويَسعى في الباقِي؛ لأن جُملةَ مالِ الميْتِ خَمسُمائةٍ وخَمسون دِرهَمًا، وذلك كلُّ العبدِ الثّالثِ؛ لأنه باقٍ، وقِيمتُه ثَلاثُمائةٍ، وثُلُثا العبدِ الأوَّلِ، وقِيمتُه مِائتان، وسُدُسُ العبدِ الثّانِي[2]، وقِيمتُه خَمسون؛ لأنه يَقولُ للوارِث: (إنك أتلَفتَ ثُلُثَي الأوَّلِ بالإقرار له، وأتلَفت سُدُسًا بالإقرار للثّانِي)، فكانا قائِمَين تَقديرًا.

وحقُّ العبدِ الباقِي سهمٌ، وحقُّ الوارِثِ في سِتّةٍ، فيُقسَمُ خَمسُمائةٍ وخَمسون على سَبعةٍ، سُبُعُه للعَبد الباقِي، وهو ثَمانيةٌ وسَبعون وأربَعةُ أسباعِ دِرهَمٍ، ويَسعى للوارِث إلى تَمام قِيمتِه، وذا مِائتان وأحدٌ وعِشرون دِرهَمًا وثَلاثةُ أسباعِ دِرهَمٍ.

---

(١) سقطت من (هـ).

(٢) في (ج): وسدس الثالث.

فإن مات الآخرُ: سَعى الأوسَطُ في نِصف قِيمتِه؛ لأن إقرارَه للثّالِث لم يَصِحَّ في حقِّ الأوسَطِ، فاجعَله كأنه حيٌّ.

وَلَدَت ثَلاثةً في بُطونٍ، فادَّعى أكبَرَهم: ثَبَت نَسَبُه فقط[ز].

وَلَدت أمةٌ ثَلاثةَ أولادٍ في بُطونٍ مُختلِفةٍ، فادَّعى الْمَولى نسَبَ أكبَرِهم: ثَبَت نسَبُه فقط، وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَثبُتُ نسَبُ الكلِّ منه؛ لأن الدِّعوةَ تَستنِدُ إلى وَقت عُلوقِ الأوّلِ، فتَصيرُ الأمةُ أُمَّ ولَدِه من ذلك الوقتِ، فكان الآخَران ولَدَي أُمِّ ولَدِه، فيَثبُتُ نسَبُهما منه إذا لم يَنفِهما.

ولنا: أن السُّكوتَ في مَوضِع الحاجةِ إلى البَيان بَيانٌ، والتِزامُ النَّسَبِ بالبَيان عندَ ظُهورِ دَليلِه واجِبٌ شرعًا، فصار السُّكوتُ عندَ لُزومِ[1] البيانِ لو كان النَّسَبُ ثابِتًا نفيًا؛ حملًا لأمره على الصَّلاح، حتى لا يَصيرَ تارِكًا للفَرض.

ولو قال: (أحَدُهم وَلَدي)، ومات قبلَ بَيانِه: عَتَق ثُلُثُ كلٍّ [س م].

ولو قال: (أحَدُهم وَلَدي)، ومات قبلَ بَيانِه: عَتَق ثُلُثُ كلٍّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَهما: يَعتِقُ ثُلُثُ الأكبَرِ، ونِصفُ الأوسَطِ، وكلُّ الأصغَرِ.

وهذا بِناءً على أصلٍ، وهو أنه متى تَعذَّر إعمالُ النَّسَبِ صار الكَلامُ مَجازًا عن الإعتاق.

أصلُه: مَسألةُ (هذا ابني)، وقد تَعذَّر إعمالُه في النَّسب؛ لأن النَّسبَ في الْمَجهول لا يَثبُتُ، فصار دِعوةُ الْمَجهولِ كدِعوة من هو أكبَرُ سِنًّا منه، فكأنه قال: (أحَدُهم حُرٌّ)، والحُكمُ فيه هذا.

---

(١) في (هـ): عند عدم لزوم.

وعندَهما: يَنزِلُ العِتقُ على اعتِبار العُلوقِ إن أمكَن، وإلا يَلغو.

بَيانُه: أنه لو أَراد به الأكبَرَ عَتَقوا، ولو أَراد به الأوسَطَ عَتَق الأوسَطُ والأصغَرُ، ولو أَراد به الأصغَرَ عَتَق الأصغَرُ وحدَه، فالأكبَرُ يَعتِقُ في حالٍ ولا يَعتِقُ في حالَين، فيَعتِقُ ثُلُثُه، والأوسَطُ يَعتِقُ في حالَين، ويَرِقُّ في حالٍ، وأحوالُ الإصابةِ حالةٌ واحِدةٌ على رِواية «الجامعِ»، فيَعتِقُ نِصفُه، والأصغَرُ يَعتِقُ بكلِّ حالٍ؛ لأنه ليس له حالةُ الحِرمانِ، فيَعتِقُ كلُّه.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في رِوايةٍ: أنه جَعَل أحوالَ الحِرمانِ حالةً واحِدةً كأَحوال الإصابةِ، فأعتَق نِصفَ الأكبَرِ.

لابن عبدِه ابنانِ، قال: (أحَدُهم وَلَدي)، ومات بلا بَيانٍ: عَتَق رُبُعُ كلٍّ (س م).

ولو كان له عبدٌ[1]، وله ابنٌ، ولابنه ابنان وُلِدا في بطنَين، وكلُّهم يَصلُحُ ولَدًا له، فقال مَولاهم: (أحَدُهم وَلَدي)، ومات بلا بَيانٍ: عَتَق من كلِّ واحِدٍ رُبُعُه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كأنه قال: (أحَدُهم حُرٌّ).

وعندَهما: يَعتِقُ رُبُعُ الأوَّلِ؛ لأنه لا يَعتِقُ إذا عَنى أحدَ الثَّلاثةِ الباقِين، وثُلُثُ الثّاني؛ لأنه يَعتِقُ في حالَين: إذا عَناه أو أَباه، ولا يَعتِقُ في حالَين، وهو ما إذا عَنى الأصغَرَين، غيرَ أن أحوالَ الإصابةِ حالةٌ واحِدةٌ، وأحوالَ الحِرمانِ أحوالٌ، وثَلاثةُ أرباعِ كلِّ واحِدٍ من الأصغَرَين؛ لأن أحَدَهما حُرٌّ بكلِّ حالٍ، والآخرُ يَعتِقُ في ثَلاثة أحوالٍ، ويَرِقُّ في حالةٍ واحِدةٍ[2]، فحَصَل عِتقٌ ونِصفٌ بينَهما.

وخُمُسُ (س م) كلٍّ لو لعَبده ابنانِ، ولكلٍّ ابنٍ ابنٌ.

---

(1) في (ج): عبيد.

(2) مثبتة من (ب).

ولو كان خَمسةً، بأن كان له عبدٌ، وله ابنان، ولكلِّ ابنٍ ابنٌ: يَعتِقُ من كلِّ واحِدٍ خُمُسُه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: خُمُسُ الأوَّلِ، ورُبُعُ كلِّ واحِدٍ من ابنَيه؛ لأنه يَعتِقُ في حالَين: إذا عَناه أو أباه، ويَرِقُّ في ثَلاثة أحوالٍ، وثُلُثا كلِّ أصغَرَ؛ لأن أحَدَهما حُرٌّ بكلِّ حالٍ، سَواءٌ عَناه أو أباه أو جدَّه، والآخرُ يَعتِقُ إن عَناه أو أباه أو جدَّه، ويَرِقُّ إن عَنى عمَّه أو ابنَ عمِّه.

وأحوالُ العِتقِ حالةٌ واحِدةٌ، فعَتَق في حالٍ، ورَقَّ في حالَين، فعَتَق ثُلُثُه، فصار لهما عِتقٌ وثُلُثٌ بينَهما، لكلِّ واحِدٍ منهما ثُلُثاه.

وسُبُعُ(س م) كلٍّ لو لكلِّ أصغَرَ ابنٌ.

ولو كان لكلِّ أصغَرَ ابنٌ، بأن كانُوا سَبعةً، بأن كان له عبدٌ وله ابنان، ولكلِّ ابنِ ابنٌ[1]، ولكلِّ ابنِ ابنِ ابنٌ[2]، فقال: (أحَدُهم وَلَدي)، ثم مات: يَعتِقُ من كلِّ واحِدٍ سُبُعُه، كما لو صَرَّح بالإعتاق.

وعندَهما: يَعتِقُ سُبُعُ الأوَّلِ، ويَسعى في سِتّة أسباعِ قِيمتِه؛ لأنه يَعتِقُ في حالٍ، ويَرِقُّ في سِتّة أحوالٍ، وسُدُسُ كلِّ واحِدٍ من ابنَيه؛ لأنه يَعتِقُ إن عَناه أو أَباه، ويَرِقُّ في خَمسة أحوالٍ، بأن عَنى أحدَ الباقِين، وأحوالُ الإصابةِ حالةٌ، وخُمُسُ كلِّ واحِدٍ من ابنَي ابنَيه؛ لأنه يَعتِقُ إن عَناه أو أَباه أو جدَّه، ويَرِقُّ في أربَعة أحوالٍ: إذا عَنى أحدَ الباقِين، فكأنه عَتَق في حالٍ، ورَقَّ في أربَعة أحوالٍ، وخَمسةُ أثمانِ كلِّ أصغَرَ؛ لأن أحَدَهما حُرٌّ بيقينٍ.

والآخَرُ يَعتِقُ في أربَعة أحوالٍ، ويَرِقُّ في ثَلاثة أحوالٍ: إن عَنى الآخَرَ أو أباه أو جدَّه، فيَعتِقُ منه الرُّبُعُ؛ لاتِّحاد أحوالِ الإصابةِ، فحَصَل عِتقٌ ورُبُعٌ بينَهما نِصفان، لكلِّ واحِدٍ

---

(١) في (ج): بأن كان له جد وله ابنان وللجد ابن ابن.

(٢) سقطت من (هـ).

منهما خَمسةُ أثمانِه.

مات عن ثَلاثة بَنينَ، وثَلاثةِ آلافٍ، فادَّعى الكلَّ رَجُلٌ، وصَدَّقه الأكبرُ به، والأوسَطُ بألفَين، والأصغَرُ بألفٍ: أخَذ من الأكبَر ألْفَه، ومن الأوسَط خَمسةَ[م] أسداسِه، ومن الأصغَر ثُلُثَه.

رَجُلٌ مات عن ثَلاثة بَنينَ وثَلاثةِ آلافِ دِرهَمٍ، فاقتَسموها، وأخَذ كلُّ واحِدٍ منهم ألفًا، فادَّعى رَجُلٌ على أبِيهم ثَلاثةَ آلافِ دِرهَمٍ، فصَدَّقه الأكبرُ في الكلّ، والأوسَطُ في الألفَين، والأصغَرُ في الألف، أخَذ من الأكبَر ألفَه، ومن الأوسَط خَمسةُ أسداسِ الألفِ، ومن الأصغَر ثُلُثُ الألفِ، وهذا عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللهُ في الأصغَر والأكبرِ كذلك، وفي الأوسَط: يَأخُذُ الألفَ؛ لأن زعْمَ الأصغَرِ أن الْمُدَّعيَ ادَّعى ثَلاثةَ آلافٍ: ألفًا بحقٍّ، وألفَين بغَير حقٍّ، فإذا أخَذ من الأكبَرَ ألفًا فقد أخَذ ثُلُثَ الألفِ بحقٍّ، والثُّلُثَين بغَير حقٍّ، والأوسَطُ يَقولُ: إن دَعوى الْمُدَّعي في الألفَين بحقٍّ، وفي الألف بغَير حقٍّ، فإذا أخَذ الألفَ من الأكبَر فقد أخَذ ثُلُثَيها بحقٍّ، وثُلُثَها بغَير حقٍّ.

فزعمُ الأصغَرِ أنه بَقِي من دَعواه ثُلُثا الألفِ، وزعمُ الأوسَطِ أنه بَقِي من دَعواه ألفٌ وثُلُثٌ، فتَصادَقا على ثُلُثَي الألفِ، فيَأخُذُ من كلِّ واحِدٍ نِصفَ ما اتَّفَقا عليه، وذا ثُلُثُ الألفِ، فبَقِي من إقرار الأوسَطِ ثُلُثا[1] الألفِ، وفي يَده ذلك، فله أن يَأخُذَ ذلك، فلم يَبقَ في يَده شيءٌ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أن الكلَّ اتَّفَقوا على ألفٍ، فيَأخُذُ الْمُقَرُّ له من يَد كلِّ واحِدٍ منهم ثُلُثَ الألفِ، ومتى أخَذ وَصَل إليه كلُّ ما أقَرَّ به الأصغَرُ، ثم اتَّفَق الأوسَطُ والأكبَرُ

(١) في (ج): ثلث.

على ألفٍ آخرَ، فيَأخُذُ من كلِّ واحِدٍ منهما نِصفَه، فبَقِي في يَد الأوسَطِ سُدُسُ الألفِ، فهو له، وفي يَد الأكبرِ سُدُسُ الألفِ، فيَأخُذُ منه؛ لأنه مُقِرٌّ بأن الدَّينَ مُستغرِقٌ، ولا إرثَ[1] له.

دارٌ بينَ زَيدٍ وسعدٍ، أقَرَّ زَيدٌ أنها بينَهما وذَرٍّ، وضَمَّ سعدٌ عُمَرَ: فرُبُعُه[م] ضُمَّ إلى ما في يَد زَيدٍ، وقُسِم بينَه وذَرٍّ، وما بَقِي بينَه وعُمَرَ.

دارٌ بينَ زيدٍ وسعدٍ، فأقَرَّ زيدٌ أنها بينَهما وبينَ ذرٍّ أثلاثًا، وأقَرَّ سعدٌ أنها بينَهما وبينَ ذرٍّ وعمرٍو أرباعًا.. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ -وهو رِوايةٌ[2] عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ-: لذرٍّ أن يَأخُذَ الرُّبعَ من يَد سعدٍ، ويَضُمُّ إلى ما في يَد زيدٍ، فيَكونُ ذلك بينَهما نِصفَين.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ -وهو رِوايةٌ[3] عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ-: يَأخُذُ من سعدٍ خُمُسَ ما في يَده، ويَضُمُّ إلى ما في يَد زيدٍ، ويَكونُ بينَهما نِصفَين.

لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن ذرًّا أقَرَّ له، فمن حُجَّة سعدٍ أن يَقولَ: (لو كَذَّبني زيد[4] فيك لكان لك مما في يَدي سهمٌ، ولعمرٍو سهمٌ، فإذا صَدَّقني زيدٌ فيك خاصّةً فقد رَفَع نِصفَ[5] مُؤنتِك عني، فبَقِي لي سهمٌ ولعمرٍو سهمٌ، ولك نِصفُ سهمٍ، فذا سَهمان ونِصفٌ)، فضَعَّفناه إزاحةً[6] للكَسر، فصار خَمسةً، وصار كلُّ الدّارِ عشَرةَ أسهُمٍ في يَد كلِّ واحِدٍ منهما خَمسةٌ، فيَأخُذُ ذرٌّ سهمًا من سعدٍ، ويَضُمُّ إلى ما في يَد زيدٍ، فصار سِتّةً،

(١) في (ج): ولا وارث، وفي (هـ): فلا إرث.

(٢) في (أ): وهو روايته، وفي (ج): وهي رواية.

(٣) في (أ): روايته.

(٤) في (ب): سعد.

(٥) سقطت من (ب) و(ج).

(٦) في (هـ): إزالة.

لكلٍّ واحِدٍ منهما ثَلاثةٌ، وبَقِي في يَد سعدٍ أربَعةٌ، له سَهمان ولعمرٍو سَهمان.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن سعدًا أقَرَّ أن الدّارَ بينَ أربَعةٍ، وذرٌّ رابِعُهم، ولو كان كلُّ الدّارِ في يَده دُفِع إليه رُبُعُها، فإذا كان نِصفُها في يَده دُفِع[1] إليه رُبُعُ ما في يَده، فصار كلُّ الدّارِ ثَمانيةً، فيَأخُذُ ذرٌّ سهمًا من سعدٍ، وضَمَّ إلى أربَعةٍ في يَد زيدٍ، فصار خَمسةً، وذلك لا يَستقيمُ على اثنَين، وبَقِي في يَد سعدٍ ثَلاثةٌ، لا تَستقيمُ أيضًا على اثنَين، فاضرِب اثنَين -وهو مَخرَجُ الكسرِ- في أَصل الحِسابِ، وذا ثَمانيةٌ كلُّ الدّارِ، فصار سِتّةَ عشَرَ، في يَد كلِّ واحِدٍ ثَمانيةٌ، فيَأخُذُ ذرٌّ رُبُعَ ما في يَد سعدٍ، وهو سَهمان، ويُضَمُّ إلى ما في يَد زيدٍ، فصار عشرةً، خَمسةٌ لزيدٍ وخَمسةٌ لذرٍّ، وبَقِي في يَد سعدٍ سِتّةٌ، ثَلاثةٌ له وثَلاثةٌ لعمرٍو.

كِيسٌ في يَد رَجُلَين، أقَرَّ أحَدُهما لثالِثٍ بنِصفه، وكَذَّب شَريكُه: له ثُلُثا ما في يَده، ولو قال: (بَيني وبينَك نِصفَين): فنِصفُه.

كيسٌ في يَد رَجُلَين فيه ألفُ دِرهَمٍ، أقَرَّ أحَدُهما لثالِثٍ بنِصفه، وكَذَّبه شَريكُه: فللثّالِث ثُلُثا ما في يَده؛ لأنه أقَرَّ أن حقَّه ضِعفُ حقِّه وضِعفُ حقِّ شَريكِه، إلا أنه لم يَظهَر في حقِّ الشَّريكِ؛ لإنكاره، فيَظهَرُ في حقِّه.

ولو قال: (الكيسُ بيني وبينَك نِصفَين): فله نِصفُ ما في يَده؛ لأنه أقَرَّ أنه يُساوِيه في الاستِحقاق.

ولو قال: (له نِصفُه ولي نِصفُه)، وقال الآخَرُ: (له ثُلُثُه ولي ثُلُثاه)، وصَدَّق الأوَّلُ: أخَذ من الثّاني ثُلُثَ[2] ما في يَده، وضَمَّه إليه، وقاسَمه نِصفَين.

ولو قال أحَدُهما: (له نِصفُه ولي نِصفُه)، وقال الآخَرُ: (له ثُلُثُه ولي ثُلُثاه)، وصَدَّق

---

(١) في (د): ودفع.

الأوَّلُ: أخذ من الثّاني ثُلُثَ[1] ما في يَده، وضَمَّ إلى الأوَّل، وقاسَمه نِصفَين؛ لأنه أقرَّ له بالثُّلُث.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَأخُذُ خُمُسَ ما في يَده، ويَضُمُّه إلى ما في يَده، ويَقتسِمانه نِصفَين؛ لأنه أقرَّ بالثُّلُث شائِعًا، وصَدَّقه شَريكُه، وتَحمَّل عنه نِصفَه، فانكَسَر بالنِّصف، فصار سِتّةً بالتَّضعيف.

وهي[2] فرعُ مَسألةِ الدّارِ التي ذَكَرناها آنِفًا.

ولو ادعى الكلَّ: أخَذ من كلٍّ ما أقرّ.

ولو ادَّعى الكلَّ: أخَذ الْمُقَرُّ له من كلِّ واحِدٍ ما أقرَّ به عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَأخُذُ من الْمُقِرِّ بالثُّلُث[3] خُمُسَ ما في يَده، ومن الآخَر خُمُسَي ما في يَده.

كِيسٌ في أيدِي ثَلاثةٍ، أقرَّ أحَدُهم لشَريكٍ بثَلاثة أرباعِه، والآخَرُ له بخَمسة أسداسِه، وادَّعى الكلَّ: أخَذ من كلٍّ ما[4] أقرّ.

كِيسٌ في أيدِي ثَلاثةٍ، أقرَّ أحَدُهم لشَريكه بثَلاثة أرباعِه، وله الرُّبُعُ، والآخَرُ أقرَّ أن للمُقَرِّ له خَمسةَ الأسداسِ، وله السُّدُسَ، والْمُقَرُّ له يَدَّعي الكلَّ: أخَذ من كلِّ واحِدٍ ما أقرَّ.

ووجهُه: أن يُجعَلَ كلُّ ثُلُثٍ اثنَي عشَرَ، فجَميعُه سِتّةٌ وثَلاثون، فما في يَده مُسلَّمٌ[4] له، ويَأخُذُ ثَلاثةَ أرباعِ ما في يَد أحَدِهما، وهي تِسعةٌ، وخَمسةَ أسداسِ ما في يَد الآخَرِ،

---

(١) في (ج): نصف.

(٢) في (هـ): وهما.

(٣) في (هـ): الثلث.

(٤) في (ج): سلم.

وهي عشرةٌ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَأخُذُ من الْمُقِرِّ بثَلاثة الأرباعِ خُمُسَي ما في يَده، ومن الآخَر ثَلاثةَ أخماسِ ما في يَده.

وجهُه: أن يُجعَلَ الكيسُ على اثني عشَرَ؛ لحَاجتنا إلى الرُّبُع والسُّدُسِ، وفي يَد كلِّ واحِدٍ أربَعةٌ، فالمُقِرُّ بثَلاثة الأرباعِ يَقولُ: (حقِّي في ثَلاثةٍ، وحقُّك في تِسعةٍ، إلا أن ثَلاثةً في يَد الْمُقِرِّ بخَمسة الأسداس، وقد سَلِم لك وزِيادةٌ، وأيضًا سَلِم لك ما في يَدك، وهو أربَعةٌ، بَقِي حقُّك في سَهمَين، وحقِّي في ثَلاثةٍ، فيُقسَمُ ما في يَدي على خَمسةٍ، لك خُمُسا ما في يَدي).

ويَقولُ الآخَرُ: (حقُّك في عشَرةٍ من اثني عشَرَ، وقد سَلِم لك أربَعةٌ ما في يَدك، بَقِي حقُّك في سِتّةٍ، ثَلاثةٍ في يَد شَريكِي؛ لأنّي أقرَرتُ لك بخَمسة الأسداسِ شائِعًا، وقضِيّتُه أن يَكونَ لك مما في يَد شَريكِي ثَلاثةٌ وثُلُثٌ، إلا أنه لم يُصدِّقني إلا في ثَلاثةٍ، حيث أقَرَّ لك بثَلاثة الأرباعِ شائِعًا، فيَبقى لك ثَلاثةٌ ولي سَهمان، فيُقسَمُ ما في يَدي بينَنا على خَمسةٍ، لك ثَلاثةُ أخماسِ ما في يَدي).

كِيسٌ في يَده، أقَرَّ لرَجُلٍ بنِصفه، ودُفِع إليه بقَضاءٍ، ثم لغَيره بنِصفه: فالباقِي[1] بينَهما(ز)، وبغَيره للثّاني.

كيسٌ في يَد رَجُلٍ فيه ألفُ دِرهَمٍ، أقَرَّ أن نِصفَه لفُلانٍ، ودُفِع إليه بقَضاءٍ، ثم أقَرَّ أن نِصفَه لغَيره: فالباقِي بينَهما.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُدفَعُ إليه كلُّ ما في يَده؛ لأنه يَضمَنُ عندَه؛ لأن القاضِيَ إنما سَلَّم بإقرارٍ، فأُضِيف إليه.

---

(١) في (م): فالثاني.

ولنا: أنه لا يَجوزُ أن يَضمَنَ بالإقرار؛ لأن الإقرارَ بمال الغيرِ لا يُوجِبُ الضَّمانَ، ولا بالدَّفع؛ لأنه فِعلُ القاضِي، فصار كالتّاوِي[1].

وإن دُفِع إليه بغَير قَضاءٍ: فالباقِي للثّانِي؛ لأنه دَفَعه باختِياره، فكأنه أتلَفه.

والمُودَعُ كذلك[م].

ولو كان مَكانَه إقرارٌ بالوَديعة فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ كذلك، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ بكلِّ حالٍ؛ لأنه مَأمورٌ بالحِفظ، والإقرارُ ضِدُّه.

فإن قال بعدَه: (الكِيسُ بينِي والأوَّلِ والثّانِي أثلاثٌ): فللثّانِي ثُلُثا ما في يَده، وبقَضاءٍ: نِصفُه.

فإن قال بعدَ دفعِه النِّصفَ بغَير قَضاءٍ: (الكيسُ بيني وبينَ الأوَّلِ والثّانِي أثلاثٌ): فللثّانِي ثُلُثا ما في يَده، وإن دُفِع بقَضاءٍ فله نِصفُ ما في يَده؛ لأنه أقَرَّ أن حقَّه مِثلُ حقِّه، والمَدفوعُ كالهالِك.

ولو دُفِع النِّصفُ إلى الأوَّل بلا[2] قَضاءٍ[3]، والثُّلُثُ إلى الثّانِي به، ثم أقَرَّ لآخَرَ أنه شَريكُهم بالرُّبُع، وتَكاذَبوا: أخَذ ما بَقِي في يَده، وضَمِن ثُلُثَ السُّدُس.

ولو دُفِع النِّصفُ إلى الأوَّل بلا قَضاءٍ، والثُّلُثُ إلى الثّانِي بقَضاءٍ، ثم أقَرَّ لآخَرَ أنه شَريكُهم بالرُّبُع، وتَكاذَبوا -أي كَذَّبه الأوَّلُ والثّانِي في الثّالِث، وكَذَّبه الثّالثُ بالأوَّلَين-: أخَذ ما في يَده، وضَمِن ثُلُثَ السُّدُسِ؛ لأن الثُّلُثَ الذي دُفِع إلى الثّانِي بقَضاءٍ كالتّاوِي، والنِّصفَ الذي دُفِع إلى الأوَّل بغَير قَضاءٍ كالقائِم في يَده؛ لأنه مَضمونٌ عليه، وفي يَده

(١) في (ب): كالراوي.

(٢) سقطت من (م).

(٣) في (م): بقضاء.

السُّدُسُ حَقيقةً، فكأن ثُلُثَيه[1] في يَده، فيُقسَمُ الثُّلُثان بينَهم أثلاثًا، فنَصيبُ كلِّ واحِدٍ سُدُسٌ وثُلُثُ سُدُسٍ.

فإن صَدَّقه الأوَّلُ بالثّالِث، وكَذَّبه بالثّانِي، والثّانِي بهما: أخَذ الثّالثُ نِصفَ[2] ما في يَده، وضَمَّ إلى ما في يَدِ الأوَّلِ، وقاسَمه نِصفَين.

فإن صَدَّقه الأوَّلُ بالثّالِث، وكَذَّبه بالثّانِي، والثّانِي كَذَّبه بهما: أخَذ الثّالثُ نِصفَ ما في يَده وضَمَّه إلى ما في يَد الأوَّلِ.

ويَقسِمانه نِصفَين عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه أقَرَّ بالْمُساواة، والْمَدفوعُ إلى الأوَّل غيرُ مَضمونٍ؛ لتَصديقه، وكذا إلى الثّانِي؛ للقَضاء.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَأخُذُ الثّالثُ ثُلُثَ ما في يَده، ويَضُمُّه إلى ما في يَد الأوَّلِ، ويَقسِمانِه نِصفَين؛ لأنه أقَرَّ بالرُّبُع شائِعًا، وقد تَحمَّل الأوَّلُ عنه النِّصفَ، فكان حقُّ الْمُقِرِّ ضِعفَ حقِّه.

قال: (أخَذتُ منك ألفًا وَديعةً، وألفًا غصبًا، وهَلَكت الوَديعةُ)، وقال: (الغصبُ): ضَمِن، ولو قال: (أودعتَني ألفًا، وغَصَبتَ ألفًا): لا.

قال لغيره: (أخَذتُ منك ألفًا وَديعةً وألفًا غصبًا، وهَلَكت الوَديعةُ، وهذه الْمَغصوبةُ)، وقال ربُّ المالِ: (هَلَكت الْمَغصوبةُ): فالقولُ لربِّ المالِ، ويَغرَمُ الْمُقِرُّ ألفًا؛ لأنه أقَرَّ بسَبَب الضَّمانِ، وهو الأخذُ، ثم ادَّعى ما يُبرِئُه، فلا يُصدَّقُ إلا بحُجّةٍ، وهي البَيِّنةُ أو تَصديقُ الْمُدَّعى عليه.

ولو قال: (أودَعتَني ألفًا، وغَصَبتَ ألفًا)، والْمَسألةُ بحالها: فالقولُ للمُقِرّ، ولا شيءَ عليه؛ لأنه أنكَر سببَ الضَّمانِ، ومن أنكَر سببَ الضَّمانِ فالقولُ له.

---

(١) في (ج) و(د): ثلثه، وفي (هـ): ثلثاه.

وهذا لأنه أقَرَّ بِفعل الغيرِ، وهو الإيداعُ، وفِعلُ الغيرِ ليس بسبَبٍ للضَّمان عليه، فالمالِكُ يَدَّعي عليه الضَّمانَ، وهو يُنكِرُ، فكان القولُ له.

اكتَرى دابتَين إلى مَكانَين، فجاوَز بهما[1] إلى أبعَدهما، فنَفَقت إحداهما، واختَلَفا كما مرّ: ضَمِن.

اكتَرى دابتَين إلى مَكانَين، فساقهما إلى أبعَدهما، فنَفَقت إحداهما، واختَلَفا كما مرّ: فالقولُ للمالِك أن التي نَفَقت هي التي خالَفتَ فيها؛ لأنه أقَرَّ بسَبَب الضَّمانِ، وهو الحملُ على دابّة الغيرِ، فيَضمَنُ.

أقَرَّ له بعَينٍ وَديعةً، أو مُضارَبةً، فقال: (ليس لي وَديعةٌ، لكن لي عليك ألفٌ ثَمَنُ بيعٍ) أو (قرضٌ): لا شيءَ له إلا أن يُصدِّقَه، ولو قال: (أقرَضتُكه): أخَذه.

أقَرَّ له بألفٍ مُعيَّنٍ وَديعةً أو مُضارَبةً، فقال: (ليس لي وَديعةٌ عندَك، ولكن لي عليك ألفٌ ثَمَنُ بيعٍ[2]) أو (قرضٌ): لا شيءَ له؛ لأنه أقَرَّ له بعَينٍ، وهو قد ادَّعى دَينًا، إلا أن يُصدِّقَه الْمُقَرّ له بعدَ ذلك.

ولو قال: (أقرَضتُكه بعَينه): له أن يَأخُذَه؛ لتَصادُقهما أن الألفَ الْمُعيَّنَ كان للمُقَرِّ له، إلا أن الْمُقَرّ له يَدَّعي التَّمليكَ[3] منه بالإقراض، والْمُقِرّ يُنكِرُ القرضَ، فبَقِي الْمِلكُ للمُقَرّ له كما كان.

ولو أقَرَّ بألفٍ قرضٍ، أو غصبٍ، وادَّعى ثَمَنًا، أو بعَكسه: لَزِمه[ز].

ولو أقَرَّ بألفٍ قرضٍ أو غصبٍ، وادَّعى ثَمَنًا، أو بالعَكس، أو قال: (ثَمَنُ عبدٍ)،

---

(١) في سوى (م) و(ن): (فساقهما) بدل (فجاوز بهما).

(٢) في (ب): مبيع.

(٣) في (ب) و(ج): التملك.

وادَّعى ثَمَنَ أمةٍ: لَزِمه؛ لاتِّفاقهما على وُجوب الألفِ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَلزَمُه؛ لأنه رَدَّ ما أَقَرَّ له به، فارتَدّ، وما ادَّعى لا يَثبُتُ.

قال: (لي عليك ألفٌ)، فقال: (الحقَّ) أو (الصِّدقَ) أو (اليَقينَ)، أو نكَّر، أو كَرَّر، أو قَرَن بها البِرَّ: فهو إقرارٌ.

قال: (لي عليك ألفٌ)، فقال: (الحقَّ) أو (الصِّدقَ) أو (اليَقينَ)، أو نكَّر، أي قال: (حقًّا) أو (صِدقًا) أو (يَقينًا)..

ولو قال: (الحقُّ حَقٌّ[1])... إلى آخِره: لا، وكذا البِرُّ مُفرَدًا، والصَّلاحُ مُفرَدًا ومَقرونًا.

أو كَرَّر، أي قال: (الحقَّ الحقَّ) أو (الصِّدقَ الصِّدقَ) أو (اليَقينَ اليَقينَ) أو (حقًّا حقًّا) أو (صِدقًا صِدقًا) أو (يَقينًا يَقينًا)..

أو قَرَن بها البِرَّ، بأن قال: (البِرَّ الحقَّ) أو (الحقَّ البِرَّ)... إلى آخِره: فهو إقرارٌ؛ لأنه مما يُوصَفُ به الدَّعوى، فصَلَح جَوابًا، ويُستعمَلُ في التَّصديق عُرفًا، فكأنه قال: (ادَّعيتَ الحقَّ)... إلى آخِره.

ولو قال: (الحقُّ حقٌّ) أو (الصِّدقُ صِدقٌ) أو (اليَقينُ يَقينٌ): لا يَكونُ إقرارًا؛ لأنه كَلامٌ تامٌّ، بخِلاف ما تَقدَّم؛ لأنه لا يَصلُحُ ابتِداءً.

وكذا لفظُ البِرِّ مُفرَدًا، بأن قال: (البِرَّ) أو (بِرًّا)، أو قال مُكرَّرًا غيرَ مُنضمٍّ إلى الحقِّ، أو اليَقينِ، أو الصِّدقِ، بأن قال: (البِرَّ البِرَّ) أو (بِرًّا بِرًّا): لا يَكونُ إقرارًا؛ لأنه لا يُوصَفُ به الدَّعوى، فكان ردًّا، كأنه قال: (عليك بالطّاعة وأن لا تُؤذِيَني بالدَّعوى الباطِلةِ).

---

(١) في (م): أحق.

وكذا لفظُ الصَّلاحِ مُفرَدًا أو مَقرونًا بالحقِّ أو الصِّدقِ: لا يَكونُ إقرارًا؛ لأنه مُحكَمٌ في أنه لا يَصلُحُ جَوابًا وصِفةً للخَبَر، فمتى دَخَل الصَّلاحُ جاء الفَسادُ.

قال: (يا سارِقةُ)، (يا زانِيةُ)، (يا مَجنونةُ)، (يا آبِقةُ)، أو (هذه السّارِقةُ فَعَلت كذا)، وباع: فطَعَن[1] به: لا رَدَّ، بخِلاف (هذه سارِقةٌ) أو (السّارِقةُ)، والعَتقِ، والطَّلاقِ.

قال لأَمته: (يا سارِقةُ)، (يا زانِيةُ)، (يا مَجنونةُ)، (يا آبِقةُ)، أو (هذه السّارقةُ فَعَلت كذا)، وباع، فوَجَد الْمُشتَري بها هذه العُيوبَ: لا تُرَدُّ بإقراره؛ لأن غيرَ الأخيرِ نِداءٌ، وقصدُ الْمُنادِي إعلامُ الْمُنادَى[2] وإحضارُه، لا تَحقيقُ الوصفِ الذي نَاداه به، ولهذا لو قال لامرَأته: (يا كافِرةُ) لا يُفرَّقُ بينَهما، والأخيرُ شَتيمةٌ[3].

بخِلاف قولِه: (هذه سارِقةٌ) أو (هذه السّارقةُ) أو (هذه زانِيةٌ) أو (آبِقةٌ) أو (مَجنونةٌ)؛ لأنه إخبارٌ، وهو لتَحقيق الوصفِ.

وبخِلاف[4]: (يا طالِقُ) أو (هذه الْمُطلَّقةُ فَعَلت كذا) أو (يا حُرُّ)؛ لأنه مُتمكِّنٌ من هذا الوصفِ شرعًا، فيُجعَلُ كَلامُه إيجابًا ليَكونَ هو صادِقًا فيما تكلَّم به، وثَمَّ لا يَتمكَّنُ من إثبات تلك الأوصافِ فيها، فكان إيذاءً[5] وشتمًا لا تَحقيقًا ووصفًا.

شَهِد كلٌّ على صاحِبه بعَتق عبدِه، وتَقايَضا[6]: صحّ، وعَتَق كلٌّ على مُشتَريه بقِيمته،

(١) الطعن بفتح فسكون: مصدر طعن فيه أو عليه بالكلام: عابه، ومنه: الطعن في العرض، والطعن في الحكم. «لغة الفقهاء» ص٢٩١.

(٢) في (هـ): المنادى به.

(٣) في (ب): شتمه، وفي (هـ): شبهة.

(٤) في (ج): وبخلاف الوصف.

(٥) في (د): بذاء.

(٦) في (ف): وتقابضا.

كما لو تَقايَضا(1)، وأعتَقا، وأقرّا بفساده، وكذا لو شَهِدا بالتَّدبير، وعَتَق كلٌّ بمَوت بائِعِه.

شَهِد رَجُلان كلُّ واحِدٍ منهما على صاحِبه بعَتق عبدِه، وتَقابَضا(2): صَحّ، وعَتَق كلُّ واحِدٍ على مُشتَريه بقِيمته؛ لاتِّفاقهما على الفَساد؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يَزعُمُ أنه باع مَملوكًا بحُرٍّ.

وكذا لو تَقايَضا وأعتَق كلُّ واحِدٍ ما اشتَرى، ثم أقرّا(3) بفَساد البيعِ: فالعَتقُ ماضٍ، وضَمِن كلُّ واحِدٍ للآخَر قِيمةَ ما اشتَرى، وكذا لو شَهِدا بالتَّدبير.

وعَتَق كلُّ واحِدٍ بمَوت بائِعِه؛ لأن حقَّ الحُرِّيّةِ مُلحَقٌ بحَقيقتها، وضَمِن كلُّ واحِدٍ لصاحِبه قِيمةَ ما اشتَرى؛ لِما بيَّنّا.

ولو شَهِدا لغَيره، وصَدَّقه: دُفِعا إليه، ولا غُرْمَ.

ولو شَهِد كلُّ واحِدٍ منهما على الآخَر أن ما في يَده لفُلانٍ، وصَدَّقهما فُلانٌ، ثم تَقايَضا: جاز، ويَرُدُّ كلُّ واحِدٍ ما اشتَرى إلى الْمُقَرِّ له، ولا تَجِبُ القِيمةُ؛ لأن بيعَ مالِ الغيرِ جائِزٌ، فلم يَتَّفِقا على الفَساد.

ولو شَهِدا بالكِتابة وأنكَرا، أو حَلَفا: صحَّ البيعُ، وإن نكَلا أو أثبَتا: بَطَل.

ولو شَهِد كلُّ واحِدٍ منهما على صاحِبه أنه كاتَب مَملوكَه، ثم تَقايَضا.. فإن أنكَر الْمَملوكان، أو ادَّعيا ولا بَيِّنةَ لهما، وحَلف البائِعان: صَحّ البيعُ؛ للعَجز عن الأَداء إلى من وَجَب الأداءُ إليه، وجَهالةُ من يَستَوفي بدَلَ الكِتابةِ يُخرِجُ الكِتابةَ عن حدِّ الإفادةِ.

---

(1) في (س) و(ف): تقابضا.

(2) كذا في (هـ)، وفي (أ) و(د) غير منقوطة، وفي الباقي: تقابضا، وكذلك في المواضع الآتية.

(3) في (ج) و(هـ): أقر.

وإن نكَلا، أو أثبَتاها[1] بالبيِّنة: بَطَل البيعُ.

ولو شَهِد أحَدُهما بتَدبيره، والآخَرُ بكِتابته، أو بمِلكه لغَيره: فحُكم كلٍّ كما[2] لو انضَمَّ إليه مِثلُه، ولا غُرْمَ.

ولو شَهِد أحَدُهما بالتَّدبير، والآخرُ بالكِتابة، أو بمِلكه لغيره.. فحُكمُ كلِّ ما لو انضَمَّ إليه مِثلُه، ولا غُرمَ[3]؛ لأن أحَدَهما يَدَّعي الجَوازَ، والآخرَ يَدَّعي الفَسادَ، فتَرجَّح الجَوازُ على الفَساد.

باع أمةً فاسِدًا، وطَلَب فسْخَه، فأقَرَّ الْمُشتَري، أو بَرْهَن أنه باع، أو وَهَب.. من غائِبٍ: لا يُقبَلُ، وله أخذُها، فإن حَضَر وصَدَّقه: أخَذ من البائِع.

باع أمةً شِراءً فاسِدًا، وطَلَب فسخَه، فأقَرَّ الْمُشتَري، أو بَرْهَن أنه باعها أو وَهَبها من غائِبٍ، ثم أودَعها إيّاه: لا تُقبَلُ؛ لأن حَقَّ الاستِردادِ للبائِع ثابِتٌ، وهو يُريدُ بهذا إخراجَ نفسِه عن الخُصومة، فلا يَقدِرُ عليه، وله أخذُها.

فإن حَضَر الغائِبُ وصَدَّق الْمُشتَري: أخَذها من البائِع.

وكذا الوَكيلُ بالبَيع، والشَّفيعُ، ومَولى الْمَأسورِ.

وكذا الوَكيلُ ببَيع عبدٍ إذا أقَرَّ ببَيعه من غائِبٍ، وأنكَر الأمرَ، وأراد أخْذَه: فإنه يُؤمَرُ بردِّ العبدِ إلى الْمُوكِّل، فلو حَضَر الغائِبُ وصَدَّق الوَكيلَ: يُؤمَرُ الْمُوكِّلُ بردِّ العبدِ على الذي حَضَر.

وكذا الشَّفيعُ، اي لو اشتَرى دارًا ولها شَفيعٌ، فأراد أخْذَها، فقال الْمُشتَري: (بِعتُها

(١) في (ج): وأثبتاها، وفي (هـ): بيناها.

(٢) في سوى (م) و(ف): ما.

(٣) في (ب): يحرم.

من فُلانٍ) أو (وَهَبْتُها وأَودَعَنيها[1])، وأنكَر الشَّفيعُ: لم يُقبَل قولُ الْمُشتَري؛ لِما مَرَّ في البَيع الفاسِدِ.

وكذا مَولى الْمَأسورِ، أي إذا اشتَراه مُسلِمٌ، فجاء المالِكُ القَديمُ ليَأخُذَه، فقال الْمُشتَري: (وَهَبتُه لفُلانٍ وقَبَضه، ثم[2] أودَعه عِندي)، وكَذَّبه المالِكُ: له أخذُه.

ولو جاء ذلك الغائِبُ وصَدَّق: دُفِع إليه.

ولا يَبطُلُ حقُّه بتَصديقِه.

ولا يَبطُلُ حقُّه بتَصديقِه، بل يَأخُذُ الْمَولى القَديمُ منه إن شاء بقِيمته.

ولو قال: (بِعتُ، فأعتَق الْمُشتَري) أو (دبَّر) أو (استَولَد): لا يَأخُذُ، فإن صَدَّقه تَسلَمُ له كذلك، وأمةٌ[3] إن أنكر تَصرُّفَه.

ولو قال الْمُشتَري في دَفع البائِعِ إذا أَراد الاستِرداد: (بِعتُها، فأعتَق الْمُشتَري)، أو (دبَّر) أو (استَولَد): لا يَأخُذُها؛ لأنه لو كان صادِقًا يَبطُلُ حقُّ البائِعِ عنها، ولو كان كاذِبًا تَثبُتُ هذه الْمَعانِي من قِبَله، فتَعذَّر الاستِردادُ بكلِّ حالٍ.

فإن صَدَّقه الغائِبُ تَسلَمُ له كذلك[4].

وإن صَدَّقه في البَيع، وأنكَر الإعتاقَ والتَّدبيرَ والاستِيلادَ: فهي أمتُه.

وإن كَذَّب فيهما: تَعتِقُ مُنجَّزًا في العَتق، وبمَوت الْمُقَرِّ له في غَيره، وفي الكِتابة

(١) كذا في (أ) و(د)، وفي (ج): أو وهبها أو أودعها، وفي الباقي: أو وهبتها أو أودعها.

(٢) في (ج): أو.

(٣) في سوى (م) و(ن): أو أمة.

(٤) في (أ) و(ج): لذلك.

أخذ(١)، وردَّ بتصديقه، وبطَل تصرُّفه إن فعَل.

وإن كَذَّبه فيهما تَعتِقُ مُنجَّزًا في العَتق، وبمَوت الْمُقَرِّ له في التَّدبير والاستيلادِ؛ لأن الْمُشتريَ أقرَّ بتعلُّق عِتقِها بموته.

وإن قال(٢): (كاتَبها الْمُشتَري): أخذها؛ لأنه لو أنكر الغائِبُ تنفسِخُ الكِتابةُ، فلم يُقِرَّ بما يَقطَعُ حقَّه قطعًا.

فإن أخذها البائِعُ وباعها، أو أعتَقها، أو دبَّرها، ثم حَضَر الغائِبُ، وصَدَّقه في الكِتابة: رُدَّت الأمةُ إليه، وبطَل تَصرُّفاتُ البائِعِ؛ لأنه بالتَّصديق نفَذ الإقرارُ السّابقُ، فتَبيَّن أنها صادَفت مِلكَ الغيرِ(٣).

ادَّعى عبدًا في يَده أنه قتَل وَلِيَّه خطأً، فأثبَت أنه وَديعةُ زَيدٍ: دُفِعت، وإلا خُوطِب بدَفعه أو فِدائِه، وهو تَطوُّعٌ، فإن دَفع، وحضَر، وكَذَّبه: تَمّ، وإن صَدَّقه: خُيِّر.

عبدٌ في يَد رَجُلٍ، ادَّعى رَجُلٌ أنه قتَل ولِيَّه خطأً، فأثبَت بالبيِّنة ذوا اليدِ أنه وَديعةُ زيدٍ عندَه: دُفِعت الخُصومةُ، وإن لم يُقِم بيِّنةً بَقِي خصمًا، وخُوطِب بدَفعه أو فِدائِه، فإن فَداه فهو مُتطوِّعٌ، لا يَرجِعُ على الغائِب؛ لصُدوره بغَير إذنِه، وإن دَفَع، وحَضَر الغائِبُ وكَذَّبه: فالدفعُ ماضٍ، وإن صَدَّقه خُيِّر؛ لأنه ظَهَر أنه المالِكُ.

حُجِر مَأذونٌ، فادَّعى آخَرُ دَينًا مُحيطًا، فقال: (بِعتُه، وهو وَديعةٌ): قُضِي بالدَّين، وبِيعَ، فلو حَضَر وصَدَّق: لا يُنقَضُ البيعُ، ولو اختار الاستِسعاءَ للغائِب أخذه.

حُجِر مَأذونٌ، فادَّعى آخرُ عليه دَينًا يُحيطُ برَقَبته، فقال الْمَولى: (بِعتُه وهو وَديعةٌ):

---

(١) في (ع): أخذ البائع الأول.

(٢) في (ج): كان.

(٣) في (ب): فتعين أنها صارت ملك الغير.

لا يُلتفتُ إلى قَوله، ويُقضى بالدَّين إن أَقام البيِّنَةَ ويُباعُ.

فلو حَضَر الغائِبُ وصَدَّقه: لا يُنقَضُ؛ لأن البيعَ صَدَر عن وِلايةٍ.

ولو اختَار ربُّ الدَّينِ الاستِسعاءَ له ذلك، وللغائِب أخذُ العبدِ.

ادَّعى الْمَأمورُ بشِراء أمةٍ مُعيَّنَةٍ بألفٍ شِراءها بألفٍ ونِصفِه، والآمِرُ والبائعُ بألفٍ: فالقولُ للمُشتَري بعدَ النَّقدِ، وحُلِّف، وقبْلَه: للبائِع بلا حَلِفٍ.

ادَّعى الْمَأمورُ بشِراء أمةٍ مُعيَّنَةٍ بألفٍ شِراءَها بألفٍ وخَمسمِائةٍ، وقال الآمِرُ والبائِعُ: (بألفٍ): فالقولُ للمُشتَري بعدَ النَّقدِ، ويُحلَّفُ؛ لأنه يَدَّعي عليه الآمِرُ التَّملُّكَ، وهو يُنكِرُ، وقبلَ نقدِ الثَمَنِ القولُ للبائع؛ لأن وِلايةَ التَّمليكِ له، وليس للمُشتَري أن يُحلِّفَ البائِعَ على ما ادَّعى؛ لأن فائِدتَه النُّكولُ، ولو أَقرَّ لا يَصِحُّ؛ لأنها صارت للآمِر بإِقراره الأوَّلِ.

وحُلِّف الآمِرُ بعِلمه، فإن حَلَف: فهي له بثَمَنٍ عليه، وإن نَكَل: فللمُشتَري، وأدّى ألفًا ونِصفَه إلى البائِع إن صَدَّقه.

وله أن يُحلِّفَ الآمِرَ على العِلم؛ لأنه يَدَّعي عليه ما لو أقرَّ به يَلزَمُه، لكنه فِعلُ الغير، فإن حَلَف فهي للآمِر بتَصادُقهما، والثَّمَنُ عليه، وإن نَكَل فهي للمُشتَري، وأدّى ألفًا وخَمسَمائةٍ إلى البائِع إن صَدَّقه.

وكذا إن ادَّعى شِرائَها بمِائة دِينارٍ، إلا أنه إذا نَكَل الآمِرُ أخَذ الْمُشتَري منه مَجّانًا.

وكذا إذا ادَّعى شِراءَها بمِائة دِينارٍ، إلا أنه إذا نَكَل الآمِرُ أخذها الْمُشتَري مجّانًا؛ لأن ما يَدَّعيه البائِعُ يُنكِرُه الْمُشتَري، وما أقرَّ به لا يَدَّعيه.

ولو أُمِر بشِراء أخِيه -وهي بحالها-: فالقولُ للآمِر والبائِع، وعَتَق.

ولم يُحلَّفا إن طَلَب الْمُشتَري العبدَ، وإن طَلَب قِيمتَه حُلِّف، فإن نكل غَرِم قِيمتَه للمُشتَرِي، والثَّمَنَ للبائِع، ورُفِع من القِيمة قَدْرُ الثَّمنِ، وإن لم يُسَمِّ ثَمَنًا: فالقولُ للآمِرِ إن أقَرَّ البائِعُ بالاستِيفاء، وعَتَق.

ولو أمَره بشِراء أخِيه بألفٍ، والمَسألةُ بحالها: فالقولُ للآمِرِ والبائِعِ، وعَتَق، ولا يُحلَّفُ البائِعُ والآمِرُ إن طَلَب الْمُشتَري العبدَ، وإن طَلَب قِيمتَه حُلِّف الآمِرُ، فإن نكل غَرِم قِيمتَه للمُشتَرِي؛ للاستِهلاك، والثَّمَنَ للبائِع، ورُفِع من القِيمة قَدْرُ الثَّمَنِ استِحسانًا؛ لأنه وإن أدّى بغَير أمرِه إلا أنه مُجبَرٌ عليه.

وإن لم يُسمِّ ثَمَنًا: فالقولُ للآمِرِ إن أقَرَّ البائِعُ بالاستِيفاء؛ لتَوافُقِهما على وُقوع العقدِ للآمِر، ثم الْمُشتَري يَدَّعي الزِّيادةَ، وهو يُنكِرُ، وعَتَق العبدُ؛ لأنه لَمّا لم يكن الثَّمَنُ مُسمًّى لم يكن مُخالِفًا.

(هذا كان له)، وبَرهَن على شِرائه منه: قُبِل، كـ (هذا له اشتَريتُه منه) مُتَّصِلًا مُبرهِنًا، ولو وَقَّت قبلَه: لا.

أقَرَّ أن هذا العبدَ كان لفُلانٍ، ثم بَرْهَن أنه اشتَراه منه: قُبِل؛ لأن مِلكَه في الماضِي يُؤكِّدُ ما ادَّعاه[1] الْمُشتَري.

ولو قال: (هذا العبدُ لك اشتَريتُه منك) مُتَّصِلًا، وبَرْهَن عليه: يُقبَلُ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُقبَلُ؛ لأنه أقَرَّ بمِلكه في الحال، ثم ادَّعى الشِّراءَ منه قبلَ هذا الزَّمانِ، وهو تَناقُضٌ.

ولنا: أن هذا بَيانٌ مُغيِّرٌ[2]، فيَصِحُّ بشَرط الوصلِ؛ وهذا لأن قولَه: (هذا العبدُ

(١) في (ب): اشتراه.

(٢) في (ب) و(ج): تغيير.

لفُلانٍ) حقيقتُه قِيامُ الْمِلكِ له في الحال، ويُحتمَلُ أن مُرادَه: (كان لك[1])، ولكنه خِلافُ الظّاهِرِ، فلم يُقبَل منه إلا بحُجّةٍ.

وكذا لو قال: (هذا العبدُ لفُلانٍ اشتَريتُه منه أمسِ بكذا)، ووَصَل[2]: صَحَّ استِحساناً، وتُقبَلُ منه البيِّنةُ؛ لِما مَرّ.

ولو قال: (هذا العبدُ لفُلانٍ)، ثم بَرْهَن أنه اشتَراه منه قبلَ الإقرارِ: لا تُقبَلُ؛ للتَّناقُض.

ولو قال: (هو له، لا حقَّ لي فيه): لا تَصِحُّ دَعوى الشِّراءِ إلا بتَاريخٍ بعدَ إقرارِه.

ولو قال: (هو له لا حقَّ لي فيه) لا يَصِحُّ دَعوى الشِّراءِ إلا بتَاريخٍ بعدَ إقرارِه؛ لأن قولَه: (لا حقَّ لي) تَضمَّن إبراءَه عن الخُصومة، فلا تُقبَلُ البيِّنةُ إلا على حادِثٍ بعدَه.

ولو قال: (جَميعُ ما في يَدي لفُلانٍ)، ثم قال: (هذا العبدُ مَلَكتُه بعدَ الإقرارِ): صُدِّق.

ولو قال: (جَميعُ ما في يَدي لفُلانٍ) صَحّ؛ لأنه عامٌّ وليس بمَجهولٍ، ثم لو قال: (إن هذا العبدَ الذي في يَدي مَلَكتُه بعدَ الإقرارِ): فالقولُ له؛ لأنه يُحتمَلُ حُدوثُه بعدَ الإقرارِ، ويدُه ثابِتةٌ في الحال، فلا تَزولُ يدُه بالشَّكّ.

شَهِدا بعَتق عبدٍ، فرُدَّت، ثم وُكِّل أحَدُهما ببَيعه، فباعَه من صاحِبه: صحّ، وعَتَق، ولا ثَمَنَ(س) عليه.

شَهِدا بعَتق عبدٍ، فرُدَّت لتُهَمةٍ، ثم وَكَّل أحَدُهما ببَيعه، فباعه من صاحِبه الذي شَهِد معه: صَحّ؛ لأن إقرارَه لم يَصِحَّ في حقِّ الْمَولى، وعَتَق بإقرار الْمُشتَري، ولا ثَمَنَ عليه عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ؛ لزَعم البائِعِ أنه بَرِيٌّ، ويَضمَنُ الثَّمَنَ، كما لو أبرَأه.

---

(١) في (هـ): له.

(٢) في (ج): أو وصل.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الثَّمَنُ على الْمُشتَري بحاله؛ لأن الوَكيلَ لا يَملِكُ الإبراءَ عندَه.

وإن باعَه من غَيره.. فإن صَدَّقه قبلَ النَّقدِ: سَقَط الثَّمَنُ، وضَمِن، وبعدَه: لم يَستَردَّه، وضَمِن الوَكيلُ له.

وإن باعه من غَيره صَحّ، فإن صَدَّقه قبلَ نقدِ الثَّمَنِ سَقَط الثَّمَنُ، وضَمِن الوَكيلُ للآمِر عندَهما، وإن صَدَّقه بعدَ نقدِ الثَّمَنِ لم يَستردَّ الثَّمَنَ؛ لتَعلُّق حقِّ الآمِرِ به، فلم يُعتبَر تَصديقُه فيه، وضَمِن الوَكيلُ للمُشتَري مِثلَ ما قَبَض؛ لأنه أقَرَّ أنه قَبَضه بغَير حقٍّ.

ادَّعى مِلكًا، فشَهِد واحِدٌ أن ذَا اليدِ أقَرَّ أنه مِلكُه، وآخَرُ أنه اشتَراه منه، أو واحِدٌ بالاستِيام[1]، أو بإقراره بهبة الْمُدَّعي منه، وآخَرُ بصَدَقته، أو واحِدٌ بالإقرار بالشِّراء بمِائة دِينارٍ، وآخَرُ به بألفٍ، أو واحِدٌ بأنه أقَرَّ أن الْمُدَّعيَ أودَعه، أو وَهَبه، وآخَرُ أنه أقَرَّ أنه مِلكُه، أو غُصِب منه، أو رُهِن: تُقبَلُ، بخِلاف دفعِه.

ادَّعى عبدًا على ذي اليدِ[2] أنه مِلكُه، فشَهِد واحِدٌ أن ذا اليدِ أقَرَّ أنه مِلكُ الْمُدَّعي، وشَهِد آخرُ أن ذا اليدِ أقَرَّ أنه اشتَراه من الْمُدَّعي: يُقبَلُ، ويُقضى بالعَبد للمُدَّعي؛ لاتِّفاقهما على الإقرار بالْمِلك له، وبه يَقعُ الحُكمُ؛ إذ الإقرارُ بالشِّراء إقرارٌ بالْمِلك له.

وكذا لو شَهِد واحِدٌ بالاستِيام أو بإقراره أن الْمُدَّعيَ وَهَبه له، وشَهِد آخرُ بإقراره أنه تَصدَّق عليه، وهو يَقولُ: (أقِرُّ بما قالا): يُقبَلُ؛ لاتِّفاقهما على الْمَشهود به.

وكذا لو شَهِد واحِدٌ بالإقرار بالشِّراء بمِائة دِينارٍ، وشَهِد آخرُ بالإقرار بالشِّراء بألف دِرهَم؛ لأنهما أقَرّا بالْمِلك له.

---

(١) الاستيام: مِن سَوَم، والسَّوم: الطلب، استيام السلعة: طلبها للبيع. «لغة الفقهاء» ص٦٦.

(٢) في (د) و(هـ): ادعى عبدا في يد ذي اليد.

ولو أقرَّ أنه كان للمُدَّعي، وادَّعى أنه وَهَبه، فشَهِد واحِدٌ بها، وآخرُ بصدَقته: رُدَّت.

وكذا لو شَهِد واحِدٌ بأنه أقرَّ أن الْمُدَّعيَ أودَعه أو وَهَب له، وشَهِد آخرُ أنه أقرَّ أنه مِلكُه، أو غُصِب منه، أو رَهَن: يُقبَلُ؛ لِما بيَّنّا.

ولو شَهِد أحَدُهما أنه دَفَعه إليه لا يُقبَلُ؛ لأنه لا يَدُلُّ على أنه مِلكُ الدّافعِ.

ولو شَهِد واحِدٌ بالهِبة، وآخرُ بالعُمرى[1] والنُّحلى[2]، أو ادَّعى الشِّراءَ منه، فشَهِد واحِدٌ أنه أقرَّ أنه باع منه، وقَبَض الثَّمَنَ، وآخرُ أنه باع بألفٍ، وقَبَض: تُقبَلُ.

ولو أقرَّ ذو اليدِ أنه كان للمُدَّعي، وادَّعى أنه وَهَبه، فشَهِد واحِدٌ بالهِبة، وآخرُ بالصَّدَقة: رُدَّت؛ لأن القَضاءَ يَقَعُ بالْمِلك بسببٍ، وقد اختَلَفا فيه.

ولو شَهِد واحِدٌ بالهِبة، وآخرُ بالعُمرى أو النُّحلى: يُقبَلُ؛ لاتِّفاقهما مَعنًى.

ولو ادَّعى الشِّراءَ منه، فشَهِد واحِدٌ أن الْمُدَّعيَ أقرَّ أنه باعه منه وقَبَض الثَّمَنَ، وشَهِد آخرُ أنه أقرَّ أنه باع منه بألفٍ وقَبَض الثَّمَنَ: يُقبَلُ؛ لأن الثَّمَنَ غيرُ[3] مَقضيٍّ به حتى يُحتاجَ إلى البَيان؛ لكَونه مَقبوضًا، وإنما الْمَقضيُّ به الْمِلكُ، ولا اختِلافَ فيه، ولأنه أجمَلَ، فيَحتمِلُ الْمُوافَقةَ.

ولو شَهِد واحِدٌ أنه أقرَّ أنه باع بألفٍ، وقَبَض، وآخرُ أنه باع بمِائة دِينارٍ، وقَبَض: لا.

ولو شَهِد واحِدٌ أنه أقرَّ أنه باع بألف دِرهَمٍ وقَبَض، وشَهِد الآخرُ أنه أقرَّ أنه باع بمِائة

---

(١) العمرىٰ: هبة شيء مدة عمر الموهوب له أو الواهب، بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له، مثل أن يقول: داري لك عُمْري، فتمليكه صحيح وشرطه باطل. «التعريفات» ص١٥٧.

(٢) نحله كذا: أي أعطاه إياه بطيبة من نفسه من غير عوض... والنُّحلى والنِّحْلة والنَّحْل: العطية، ومنه: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةً﴾ [النساء: ٤]. «المغرب» ص٤٥٨.

(٣) سقطت من (ج).

دِينارٍ وقَبَض: لا يُقبَلُ؛ لأن البيعَ بمِائةٍ غيرُ البيعِ بألفٍ، ولا يَحتمِلُ الْمُوافَقةِ، بخِلاف الإطلاقِ.

تَصرُّفُ الْمَريضِ فيما يُنقَضُ صحَّ في الحال، وفي غَيره توَقَّف.

تَصرُّفُ الْمَريضِ فيما يُنقَضُ، كالهِبة ونحوِها: صَحَّ في الحال، حتى يَثبُتُ الْمِلكُ للمَوهوب له؛ لأنه يَتصرَّفُ في خالِص مِلكِه، ثم يَنقُضُ إن احتِيج إليه، وفي غَيره، كالإعتاق: يَتوقَّفُ.

مَريضٌ أقَرَّ لوارِثه بعبدٍ، فقال: (ليس لي بل لفُلانٍ): سَلِم[ز] له، وغَرِم الوارِثُ قِيمتَه، ورُفِع حظُّه، والثّانِي لو وارِثًا، إلا إذا كان على الميْت دَينٌ.

مَريضٌ أقَرَّ لوارِثه بعبدٍ، فقال: (ليس لي بل لفُلانٍ)، وصَدَّقه فُلانٌ، ثم مات: سَلِم العبدُ للأجنَبيِّ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وله أنه كَذَّبه فيه، فارتَدَّ إقرارُه، ثم ادَّعى عليه مالًا لغَيره.

ولنا: أنه صَدَّقه في وُجوب الألفِ عليه، ثم أقَرَّ به لغَيره، فيَأخُذُه منه ويَدفعُه إليه، وغَرِم الوارِثُ قِيمتَه، ورُفِع حظُّه.

وهذا لأن تَصرُّفَ الْمَريضِ وَقَع صَحيحًا، ويَثبُتُ الْمِلكُ له، فمِلكُ الإقرارِ لغَيره، فإذا مات الْمَريضُ وَجَب نقضُ إقرارِه، ووَجَب على الْمُقَرِّ له الأوَّلِ ردُّ العبدِ، وقد عَجَز عن ردِّه بمِلك الأجنَبيِّ، فيَغرَمُ القِيمةَ، وتُرفَعُ حِصّتُه؛ لأنه لا يَضمَنُ لنَفسه.

وكذا لو أقَرَّ الوارِثُ لوارِثٍ آخرَ سَلِم العبدُ للثّانِي؛ لأنه إنما تَلقّاه من جِهة الْمُقَرِّ له الأوَّلِ لا من جِهة الْمَريضِ، ووَجَب على الأوَّل قِيمتُه، وصارت مِيراثًا، وللأوَّل والثّانِي منها نَصيبٌ.

ولو كان على الميْت دَينٌ يُحيطُ بماله يَغرَمُ كلَّ القِيمةِ، ولا تَسقُطُ حِصّةُ أحدٍ؛ إذ الدَّينُ مُقدَّمٌ على الإرث.

ولو وَهَبه، فوَهَب لوارِثٍ آخَرَ: صَحَّت، وغَرِم قِيمتَه، ورُفِع حظُّه فقط.

ولو وَهَب له عبدًا، فوَهَبه الوارِثُ لوارثٍ آخرَ بعدَما قَبَضه، ثم مات ولا مالَ له غيرُه: سَلِم العبدُ للثّانِي، وغَرِم الأوَّلُ قِيمتَه، ويُرفَعُ حظُّه فقط، وتُرَدُّ حِصّةُ الثّانِي إليه؛ لأن مِن زعمِ الثّانِي هنا أن القِيمةَ واجِبةٌ؛ لأنه وَهَبه لي، فلَزِمه ردُّه، وقد عَجَز، فعليه قِيمتُه، ولي من ذلك نَصيبٌ، فلَزِم تَسليمُه.

ولو أقَرَّ بهِبة الميْتِ له يُورَثُ، فإن مات في يَد الثّانِي: فللوَرَثة تَضمينُه أو الأوَّلِ، ومن ضَمِن لا يَرجِعُ.

ولو أقَرَّ بهِبة الميْتِ له أخذُه منه، ويَكونُ مِيراثًا؛ لتَصادُقهما أنه وَصَل إليه من المَريض.

فإن مات العبدُ في يَد الثّانِي فللوَرَثة تَضمينُ الثّانِي؛ لأنه قَبَض ما لم يكن له، أو الأوّلِ؛ لأنه أتلَف بإقراره، وأيُّهما ضَمِن لا يَرجِعُ على صاحِبه بشيءٍ.

أما الأوَّلُ: فلأنه أقَرَّ أن قبْضَ الثّانِي كان بحقٍّ.

وأما الثّانِي: فلأنه ضَمِنه بفِعل نفسِه، وهو القبْضُ.

ولو قال الثّانِي: (هو لي، ولم أدْرِ ما تَقولُ): سَلِم له، وغَرِم قِيمتَه، ورُفِع حظُّهما، وكذا إن أقَرَّ بعدَ مَوتِه، أو وَهَب، أو باع.

ولو قال الثّانِي: (العبدُ لي، ولم أدْرِ ما يَقولُ): سَلِم العبدُ له، وغَرِم الأوَّلُ قِيمتَه؛ لأنه إذا أقَرَّ للثّانِي فقد أتلَفه، ورُفِع حظُّهما.

وإن أقرَّ الأوَّلُ بعدَ موتِه، أو وَهَب، أو باع: فهو كما لو أقرَّ قبلَ الموتِ؛ لفَساد الْمِلكِ.

حُجِر مَريضٌ عن إنفاع وارِثِه.

الْمَريضُ مَحجورٌ عن إِيصال النَّفعِ إلى وارِثه.

له دَينٌ على وارِثه، وبه كَفيلٌ، أو بعَكسه، أقَرَّ بقَبضه، أو احتَال به، وأطلَق، أو أبرَأ وارِثَه أو الأجنَبيَّ، وهو أصيلٌ: لَغا، ولو كَفيلًا صحَّ من ثُلُثه.

له دَينٌ على وارِثه، وبه كَفيلٌ، أو بعَكسه.. أقَرَّ بقَبضه، أو احتَال به، وأطلَق، أو أبرَأ[1] وارِثَه أو الأجنَبيَّ، وهو أصيلٌ: لَغا.

أما الأوَّلان[2]: فظاهِرٌ.

وكذا الثَّالثُ، وهو: أن يُحيلَ الكَفيلُ الْمَريضَ على غَيره حَوالةً مُطلَقةً، فقَبِل، فإنه لا يَجوزُ؛ لبَراءة[3] الوارِثِ، وإن كانت بشَرط بَراءتِه لا غيرُ.. فإن[4] كان وارِثًا: لا يَصِحُّ وإن كان أجنَبيًّا: يَصِحُّ من الثُّلُث؛ لأنه تبرُّعٌ على الأجنَبيّ.

وكذا الرَّابعُ.

وأما الخامِسُ: فلأنه[5] يَتضمَّنُ بَراءةَ الوارِثِ، ولو كان الأجنَبيُّ كَفيلًا صَحَّ من ثُلُثه؛ لأن بَراءتَه لا[6] تُوجِبُ بَراءةَ الأصيلِ الذي هو وارِثٌ.

(١) في (ب): أقر.

(٢) في (ب) و(هـ): الأول.

(٣) في (ج): إبراءه، وفي (د): إبراء.

(٤) في (د) و(هـ): وإن.

(٥) في سوى (أ) و(هـ): فلا.

(٦) سقطت من (ج).

ولو أقرَّ بوَديعة أحَدِهما عندَه بطَل، ولو من غَير جِنسِ دَينِه.

ولو أقرَّ بوَديعة أحَدِهما[1] عندَه بطَل، وإن كان من غَير جِنسِ دَينِه؛ لأن هذا في الحَقيقة إقرارٌ باستِيفاء الدَّينِ.

أما إذا كان من جِنس حقِّه: فلأن ربَّ الدَّينِ ظَفِر بجِنس حقِّه من مال الْمَديون، وكذا إن كان من خِلاف جِنسِه؛ لجَواز أن يَموتَ مُجهِّلًا للوَديعة، فيَضمَنُ، ويَصيرُ قِصاصًا بما عليه من الدَّين.

كاتَب عبدَه في مَرَضه، وأقَرَّ بقَبض كِتابتِه: صحَّ من ثُلُثه.

كاتَب عبدَه في مَرَضه بألفٍ، وهو قِيمتُه، ولا مالَ له غيرُه، ثم أقَرَّ بقَبْض كِتابتِه: صَحَّ من الثُّلُث؛ لأن الإقرارَ ببَدَل العَتقِ تَنفيذٌ، فصار[2] كإِنشاء العَتقِ، وذا يُعتبَرُ من الثُّلُث.

أقَرَّ في مَرَضه بقَبض دَينِ صِحّتِه، وعليه دَينٌ: صُدِّق، كـ(هذه وَديعةُ غَريمِي) لشَيءٍ صَلَح قِصاصًا، وقُسِم بينَ غُرَمائِه، وإلا لا، إلا إذا أخَذ بحقِّه شِراءً، أو صُلحًا، وفيه وَفاءٌ، وصَدَّقه غَريمُه، وإن كَذَّبه لا.

أقَرَّ في مَرَضه بقَبض دَينِ صِحّتِه، وعليه دَينٌ: صُدِّق؛ لأنه مُسلَّطٌ على الاستِيفاء، كـ(هذه وَديعةُ غَريمي) لشيءٍ يَصلُحُ قِصاصًا، بأن كان مِثلَه جِنسًا ووصفًا، وقُسِم بينَ غُرَمائِه؛ لأن إقرارَه صَحَّ في حقِّ الاستِيفاءِ دونَ إثباتِ الحقِّ له.

وإن كان لا يَصلُحُ قِصاصًا؛ لرَداءة الوَديعةِ: لا يَصِحُّ[3]؛..................

(١) في (ب): وأحدهما، وفي (هـ) ونسخة على حاشية (د) زيادة: أي الأصيل أو الكفيل. وهي موجودة في حاشية (أ).

(٢) في (ب): فكان.

(٣) في (هـ): لا يصلح.

لتَعذُّر اعتبارِ الاستيفاءِ(1)، إلا إذا أخَذ بحقِّه شِراءً أو صُلحًا، وفيه وَفاءٌ، بأن كانت قِيمتُه مِثلَ الدَّينِ، وصَدَّقه غَريمُه، وإن كَذَّبه الغَريمُ وأَراد أَخْذَه: بَطَل إقرارُ الْمَريضِ، ولم يكن للغَريم أخذُه، ويُؤخَذُ منه الدَّينُ الذي عليه؛ لأنه زَعَم أنه لم يَصِر مُستوفيًا، وزعمُه حُجّةٌ في حقِّه.

مَريضٌ أقَرَّ بقَبض أَرْشِ جِنايةٍ عليه، أو عبدِه: صحّ، كإِقرار مَريضةٍ بقَبض مهرِها بعدَ الطَّلاقِ والعِدّةِ، ولو فيها ودَينُ الصِّحّةِ مُحِيطٌ: لا، وإلا له أقَلُّ(س م) المهرِ والإرثِ.

مَريضٌ أقَرَّ بقَبض أَرْشِ جِنايةٍ عليه أو على عَبده: صَحّ.

مَريضةٌ أقَرّت باستِيفاء مهرِها.. إن كان قبلَ الطَّلاقِ: لا يَصِحُّ؛ لأنه إقرارٌ للوارِث، وإن كان بعدَ الطَّلاقِ والعِدّةِ: صَحّ؛ لأنه صار أجنبيًّا عنها.

ولو كانت في العِدّة ودَينُ الصِّحّةِ مُحيطٌ: لا يَصِحُّ؛ لأن النِّكاحَ قائِمٌ من وجهٍ، وإن لم يكن مُحيطًا: يُقضى الدَّينُ أوّلًا، ثم له أَقَلُّ من الْمَهر والإرثِ.

قالُوا: هذا قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: يَصِحُّ في الكلّ.

أصلُه: إذا طَلَّقها بسُؤالها، ثم أقَرَّ لها بدَينٍ أو أَوصى.

وبقَبض قِيمةِ عبدِه من غاصِبه، والغصبُ والقَضاءُ في الصِّحّة: صُدِّق، ولو كانا في الْمَرَض: لا.

ولو أقَرَّ بقَبض قِيمةِ عبدِه من غاصِبه بعدَ إباقِه، والغصبُ والقَضاءُ في الصِّحّة: صُدِّق؛ لأنه أقَرَّ باستِيفاء دَينِ الصِّحّةِ.

ولو قُضِي في الْمَرَض فقط، ولم يَعُد من إِباقه: صحّ، وإن عاد: خُيِّر الغاصِبُ.

---

(1) في (هـ): الاستيفاء له.

ولو كانا في المرَض: لا يُصدَّقُ؛ لأنه دَينُ المرَضِ.

ولو كان الغصبُ في الصِّحّة، والقَضاءُ في المرَض، ولم يَعُد من إِباقه: صَحّ؛ لأن الضَّمانَ يَستنِدُ إلى وَقت الغصبِ، وإن عاد خُيِّر الغاصِبُ بينَ دفعِ القِيمةِ أو ردِّ العبدِ.

وبقَبض ثَمَنِ عبدٍ بِيعَ بضِعف قِيمتِه: لا[٢]، وخُيِّر.

ولو أقرَّ الْمَريضُ بقبض ثَمَنِ عبدٍ باعه في مَرَضه بضِعف قِيمتِه، بأن باعه بألفَين، وقِيمتُه ألفٌ[١]: لم يَصِحَّ إقرارُه، ويُؤمَرُ الْمُشتَري بتَسليم الألفَين مرّةً أُخرى أو ردِّ العبدِ عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللهُ: يَصِحُّ فيما زاد على القِيمة، ويُخيَّرُ في القِيمة.

وبقَبض ثَمَنِ عبدٍ باعَه في صِحّته: صُدِّق، بخِلاف (هذا العَبدِ)، إلا أن يَموتَ قبلَ مَرَضِه.

وإن أقرَّ بقَبض ثَمَنِ عبدٍ باعه في صِحّته صُدِّق، بخِلاف ما لو قال الْمَريضُ لرَجُلٍ: (بِعتُك هذا العبدَ الذي في يَدك، وقَبضتُ الثَّمَنَ)، وصَدَّقه؛ حيث لم[٢] يُصدَّق؛ لأنه ثَبَت كونُه مَملوكًا له، فتَعلَّق حقُّ الغُرَماءِ به، إلا أن يَموتَ العبدُ قبلَ مرَضِ البائِع، ثم كان الإقرارُ في حال المرَضِ، فإنه لم يَلزَمه شيءٌ؛ لأنه لَمّا مات قبلَه لم يَتعلَّق حقُّ الغُرَماءِ به.

وبشِراء دارٍ من ابنه وأجنَبيٍّ، وبَنُوه ثَلاثةٌ، وصَدَّقاه، وكَذَّبه الابنان: بَطَل، وأخَذ الشَّفيعُ نَصيبَ الْمُصدِّقِ بثُلُث الثَّمَنِ بينَه وبينَ الأجنَبيِّ، ودَفَع من إِرثه تَمامَ حظِّه.

وإن أقرَّ الْمَريضُ بشِراء دارٍ في يَده بألفٍ من ابنه ومن أجنَبيٍّ، وبَنوه ثَلاثةٌ، ولم يَنقُد الثَّمَنَ، وصَدَّقاه، وكَذَّبه الابنان: بَطَل الإقرارُ، والدّارُ بينَ البَنينَ على الْمِيراث، لكلِّ

(١) قوله: (بأن باعه بالفين وقيمته ألف) غير مثبت في (أ) و(د).

(٢) في (هـ): لا.

ابنِ ثُلُثٌ، وأخذ الشَّفيعُ نَصيبَ الابنِ الْمُصدِّقِ بثُلُث الثَّمَنِ، وكان ثُلُثُ الثَّمَنِ بينَه وبينَ الأجنَبيِّ أنصافًا؛ لتَصادُقهما على ذلك، ودَفَع الابنُ الْمُصدِّقُ من إرثه إن تَرَك مالًا آخرَ تَمامَ حظِّ الأجنَبيِّ من الدَّين؛ لأن مِن زعمِه أن الدَّينَ قائِمٌ، والدَّينُ مُقدَّمٌ على الإرث.

وكذا إن نَفى الأجنَبيُّ شِرْكةَ الابنِ.

وكذا إن نَفى الأجنَبيُّ شِرْكةَ الابنِ بَطَل إقرارُه عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَصِحُّ في حقِّ الأجنَبيِّ، وإن صَدَّق الابنُ الْمُقَرُّ له الأجنَبيَّ، وكَذَّب الأبَ، بأن قال: (نعم، الأجنَبيُّ باع نِصفَ الدّارِ، ولكني ما بِعتُ شيئًا): فالإقرارُ باطِلٌ عندَهما.

والأصلُ: أن إقرارَ الْمَريضِ بمالٍ مُشترَكٍ لوارِثه ولأجنَبيٍّ إذا تكاذَبا في الشِّرْكة، أو كَذَّبه الأجنَبيُّ في الشِّرْكة: لا يَصِحُّ عندَهما؛ لأنه أقَرَّ بمالٍ مُشترَكٍ بينَهما، فلم يَثبُت غيرَ مُشترَكٍ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَصِحُّ للأجنَبيِّ؛ لأن الامتِناعَ يَكونُ بقَدْر المانِع.

وبِمِائةٍ لمن طَلَّق بسُؤالها سِوى مهرِها، ومات بعدَ العِدّةِ، وتَرَك أخًا، وضَرّتَها، وأربَعين: لها كلُّه، وقبْلَها: ثُمُنُه.

ولو أقَرَّ مَريضٌ بمِائة دِرهَمٍ لامرَأةٍ طَلَّقها بسُؤالها سِوى مهرِها، وقد استَوفت مهرَها، ومات بعدَ العِدّةِ، وتَرَك أخًا[1]، وضَرّتَها، وأربَعين دِرهَمًا: لها كلُّه؛ لأنها صارت أجنَبيّةً، والدَّينُ مُقدَّمٌ على الإرث.

وإن مات قبلَ مُضِيِّ العِدّةِ لها خَمسةُ دَراهِمَ ثُمُنُ الأربَعين؛ لأن الرُّبُعَ بينَهما، والتُّهَمةُ باقِيةٌ؛ لبَقاء العِدّةِ.

ولو مات فيها عنها وعن أخٍ وسِتِّين، وأَوصى بثُلُثه: فللوَصِيّة عِشرون، ولها عَشَرةٌ.

(١) في (أ): أختًا.

ولو مات في العِدّة عنها وعن أخٍ وسِتِّين دِرهَمًا، وأوصى بثُلُثه: فللوَصِيّة الثُّلُثُ عِشرون، ولها عشَرةٌ رُبُعُ ما بَقِي، والباقِي للأخ.

مُستقرِضُ ألفٍ باع من مُقرِضه شيئًا بألفٍ مُؤجَّلٍ، فحَلَّ في مَرَضه: تَقَعُ الْمُقاصّة، والْمُقرِضُ أُسوةُ غُرَمائِه، ولو تَقدَّم البيعُ سَلِم له.

مُستقرِضُ ألفٍ باع من مُقرِضه عبدًا بألفٍ مُؤجَّلٍ، فحَلَّ الأجَلُ في مَرَض الْمُستقرِضِ: تقَعُ الْمُقاصّةُ؛ لزَوال المانِعِ، وهو الأجَلُ، فإن مات الْمُستقرِضُ فالْمُقرِضُ أُسوةُ غُرَمائِه فيما عليه من الثَّمَن؛ لأن القرضَ صار مَقضيًّا في المرَض؛ لأن دَينَ الْمُستقرِضِ آخِرُهما، وهو ثَمَنُ الْمَبيعِ، وهو مالُ الْمَريضِ، فصار الْمَريضُ قاضِيًا دَينَ بعضِ الغُرَماءِ مُؤْثِرًا له على سائِر الغُرَماءِ حالَ استِغراقِ مالِه بدُيون الغُرَماءِ، فلم يَجُز.

ولو تَقدَّم البيعُ فالْمُشتَري أحقُّ بما عليه من الثَّمَن؛ لأن الْمَريضَ صار مُستوفيًا دَينَه، وصار الْمُشتَري قاضِيًا ثَمَنَ الْمَبيعِ، والْمَريضُ لا يُمنَعُ عن اقتِضاء دَينِه.

أقرَضاه ألفًا، ثم وَجَب له على أحَدهما نِصفُه: تقَعُ الْمُقاصّةُ، وضَمِن لشَريكه، ولو تَأخَّر قرضُه لا.

أقرَضاه ألفًا، ثم وَجَب له على أحَدهما خَمسُمائةٍ: تقَعُ الْمُقاصّةُ بها، وضَمِن لشَريكه؛ لأنه اقتَضى شيئًا من الدَّين الْمُشترَكِ.

ولو تَأخَّر قرضُه لا؛ لأنه قَضى وما اقتَضى.

أودَع مُورِّثَه بحُضور الشُّهودِ، فأقَرَّ في مَرَضه بإتلافه: ضَمِن، وإن قال بعدَه: (ضاعَت) أو (رَدَدتُ[1])، بخِلاف دَعوى الهَلاكِ والرَّدِّ أوَّلًا.

---

(١) في (م) و(ن): رُدّت.

أودَع مُورِّثَه بحُضور الشُّهودِ، فأقَرَّ الْمُورِّثُ في مَرَضه بإتلافه: ضَمِن؛ لأنه لو لم يُقِرَّ لكان الضَّمانُ واجِبًا بالْمَوت مُجهِّلًا، فلا تُهمةَ فيه.

ولو أقَرَّ بالاستِهلاك، ثم قال بعدَه: (ضَاعت) أو (رَدَدتُ[1]): لا يُقبَلُ قولُه؛ للمُناقَضة، ولو ادَّعى الهَلاكَ أو الرَّدَّ أوَّلًا، ثم ادَّعى الاستِهلاكَ: لا يَضمَنُ؛ لأنه بَرِئ أوَّلًا، فكان الثّانِي إقرارًا للوارِث.

مُكاتَبٌ أقَرَّ لسَيِّده بألفٍ، ولأجنبيٍّ بألفٍ، فمَرِض وفي يَده ألفٌ، فقُضِي من كِتابته، وهي ألفٌ، ومات: عَتَق، وثُلُثُه للأجنَبيّ، ولو من دَين سَيِّده: سَلِم للأجنَبيّ، وإن تَرَك وَلَدًا.

مُكاتَبٌ أقَرَّ لسَيِّده بألفٍ، ولأجنَبيٍّ بألفٍ، فمَرِض، وفي يَده ألفٌ، فقَضى من كِتابته، وهي ألفٌ، ومات ولا مالَ له غيرُها: عَتَق؛ لوُجود الشَّرطِ، وثُلُثا الألفِ للسَّيِّد، وثُلُثُه للأجنَبيّ؛ لأن الدُّيونَ استَوت، فتُقسَمُ بالحِصَص.

ولو قَضى من دَين سيِّده فالألفُ كلُّه للأجنَبيّ؛ لأنه مات عاجِزًا، فسَقَط دَينُ الْمَولى.

وكذا لو كان له ولَدٌ وُلِد في كِتابته فالأجنَبيُّ أحقُّ بالألف.

ولو أقرَضه أجنَبيٌّ ألفًا، ومَرِض، فأقرَضه سَيِّدُه ألفًا، فقَضى سَيِّدُه ألفَ القرضِ[2]، ومات: سَلِم له.

ولو أقرَضه أجنَبيٌّ ألفًا، ومَرِض، فأقرَضه سيِّدُه ألفًا، فقَضى سيِّدَه ألفَ القرضِ، ومات: سَلِم لسَيِّده؛ لأن الإقراضَ إعارةٌ حُكمًا، فكان كاستِرداد العارِيَة، بخِلاف الدَّين.

ولو أقَرَّ بقَبض دَينِ الصِّحَّةِ من سَيِّده، وعليه دَينٌ، ومات عاجِزًا: بَطَل، وإن تَرَك

(١) في (ب) و(هـ): ردت.

(٢) في (م): المقرض.

ألفًا أو أقلَّ: سَلِم للأجنَبيّ.

ولو أقَرَّ بقَبض دَينِ الصِّحّةِ من سَيِّده، وعليه دَينُ الصِّحّةِ، ومات عاجِزًا: بَطَل؛ لأنه لَمّا مات عاجِزًا ظَهَر حقُّ الْمَولى في رَقَبته وكسبِه، وصار بمَنزِلة الوارِثِ، وإن تَرَك ألفًا أو أقَلَّ: سَلِم للأجنَبيّ؛ لأن دَينَه أقوى.

ولو أقَرَّ في مَرَضه لسَيِّده بألفٍ، ولأجنَبيٍّ بألفٍ، أو بَدَأ به، وتَرَك ألفَين: بُدِئ بالأجنَبيّ، ثم بالكِتابة، وما بَقِي لسَيِّده إن لم يكن وارِثًا، وكذا لو أقَرَّ لسَيِّده بوَديعةٍ.

ولو أقَرَّ في مَرَضه لسيِّده بقَرض ألفٍ ولأجنَبيٍّ بألفِ قرضٍ، أو بَدَأ به، وتَرَك ألفَين: بُدِئ بدَين الأجنَبيّ؛ لأنه أَقوى، ثم بالكِتابة؛ لأن في البِداية بالقَرض إبطالَه؛ لأنه يَموتُ عاجِزًا، فيَبطُلُ دَينُ الْمَولى.

فإن بَقِي شيءٌ فلسَيِّده إن لم يكن وارِثًا، وإن كان وارِثًا[1] لم يَستحِقَّ شيئًا من الدَّين؛ لأن الإقرارَ للوارِث باطِلٌ.

وكذا لو أقَرَّ لسَيِّده بوَديعةِ مِائةِ دِينارٍ في يَده، وأقَرَّ لأجنبيٍّ بألفٍ، ومات: بُدِئ بدَين الأجنَبيّ؛ لأنه أقوى، ثم بدَين الكِتابةِ، وما بَقِي منه للمَولى.

ولو أقرَض مُكاتَبه ألفًا، وتَرَك ألفًا ووَلَدًا حُرًّا: بُدِئ بالكِتابة.

ولو أقرَض مُكاتَبه ألفًا، ثم مات وتَرَك ألفًا ووَلَدًا حُرًّا: بُدِئ بالكِتابة؛ لأنه لو بُدِئ بالدَّين يَموتُ عاجِزًا، فيَبطُلُ الدَّينُ.

ولو أقَرَّ له في مَرَضه بألفٍ، ولوَلَده بألفٍ، وتَرَك ألفَين: سَلِما لسَيِّده، ولو أقَلَّ منهما: بُدِئ بابنه.

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): إن لم يكن له وارث وإن كان له وارث.

ولو أقَرَّ له في مَرَضه بألفٍ، ولوَلَده بألفٍ، وله وَلَدان حُرّان، وتَرَك ألفَين: فهما لسَيِّده، ألفٌ من دَينه، وألفٌ من الْمُكاتَبة؛ لأنه لَمّا تَرَكَ وَفاءً حُكِم بحُرِّيَّته، فيكونُ الابنُ وارِثًا، فلا يَصِحُّ الإقرارُ له.

ولو كان أقَلَّ من ألفَين بُدِئ بدَين الابنِ؛ لأنّا متى بَدَأنا بدَينه ثم بالْمُكاتَبة يَموتُ عاجِزًا؛ لأنه لا[1] يَفي به.

(عليَّ ألفٌ، بل ألفان): وَجَب ألفان(ز).

ولو قال: (لفُلانٍ عليَّ ألفٌ، بل ألفان): وَجَب عليه ألفان.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ثَلاثةُ آلافٍ؛ لأنه أقَرَّ بألفٍ، ثم رَجَع عنه وأقَرَّ بألفَين، فصَحَّ الإقراران[2]، ولم يَصِحَّ الرُّجوعُ.

ولنا: أن مَعناه: (بل مع ذلك الألفِ ألفٌ آخرُ، فهما ألفان عليّ)، كرَجُلٍ[3] يَقولُ: (سِنّي سِتُّون، بل سَبعون).

زَيدٌ قال: (غَصَبنا من بَكرٍ ألفًا، وكُنّا ثَلاثةً)، وهو يَدَّعي أنه الغاصِبُ: لَزِمه كلُّه(ز).

زيدٌ قال: (غَصَبْنا[4] من بكرٍ ألفَ دِرهَمٍ، وكُنّا ثَلاثةَ أنفُسٍ)، وهو يَدَّعي أنه الغاصِبُ للألف: لَزِمه كلُّه.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لَزِمه ثُلُثُه؛ لأنه أضاف الإقرارَ إلى نَفسه وإلى غَيره، فلَزِمه حِصّتُه.

---

(١) سقطت من (د).

(٢) في (د) و(هـ): الإقرار.

(٣) في (أ): لرجل.

(٤) في (د): غصبت.

ولنا: أن هذه الصِّيغةَ تُستعمَلُ للواحِد أيضًا، قال اللهُ تَعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا...﴾ [الإنسان: ٢]، والظّاهرُ أن الإنسانَ يَشتغِلُ ببَيان فِعلِه وببَيان ما عليه دونَ فِعلِ غيرِه وما على غَيره، فكان إقرارًا على نَفسه ظاهِرًا، فلم يُصدَّق في صَرفه إلى غَيره.

قال: (ما[1] عِندي تُراثٌ[2] عن أَبِي -أو زَوجَتِي- لي ولك)، فأنكر بُنُوّةَ الْمُقِرِّ، أو زَوجيّتَه: أَخَذ نِصفَه(ز) في الأوّل، وكُلَّه(س) في الثّانِي.

ولو قال: (ما عِندي إرثٌ عن أبي لي ولهذا، وهو أخي)، فأنكَر الْمُقَرُّ له بُنُوّةَ الْمُقِرِّ وقال: (أنا ابنُ الميْتِ)، أو قال لرَجُلٍ: (ماتت أُختُك، وهي زَوجتي، وتَركَت هذا المالَ مِيراثًا بيني وبينَك)، فقال هو: (كلُّه لي؛ لأنك لست بزَوجها).. ففي الْمَسألة الأُولى: نِصفُ المالِ للمُقَرِّ له[3]؛ لأنه ما أقَرَّ له إلا بنِصف ما في يَده.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المالُ كلُّه للمُقَرِّ له؛ لأنه ظَهَر أنه ابنُ الميْتِ بتَصادُقهما، ولم تَظهَر بُنُوّةُ الْمُقِرِّ.

وفي الْمَسألة الثّانيةِ: يَأخُذُ الأخُ كلَّ المالِ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: نِصفَ المالِ؛ لأن المالَ في يَد الْمُقِرِّ، ولم يُقِرَّ للأَخ إلا بالنِّصف، وهو يَدَّعي الزِّيادةَ، فلا يَستحِقُّها إلا بحُجّةٍ.

ولهما: أن القَرابةَ سببٌ للاستِحقاق أصليٌّ[4]، والزَّوجيّةَ سببٌ طارِئٌ، فإذا أقَرَّ بسبَبٍ أصليٍّ وادَّعى لنَفسه حقًّا طارِئًا: لم يُصدَّق إلا ببيِّنةٍ، فأما في النَّسب: فهما سَواءٌ.

---

(١) (ما) هنا موصولية.

(٢) في سوى (م) و(ن): إرث.

(٣) في (د): للمقر.

(٤) في (ج): الاستحقاق الأصلي، وفي (د): الاستحقاق أصل، وفي (هـ): لاستحقاق أصلي.

ولأن الزَّوجيَةَ تَنقطِعُ بالْمَوت، فكان هذا إقرارًا بسبَبٍ مُنقطِعٍ، فلا تَساوِيَ بينَهما.

(غَصَبتُه من ذَا أو ذا)، وادَّعى كلٌّ كُلَّه: أخذاه(س)، وإن حَلَّفاه.

ولو قال: (غَصَبتُ هذا العبدَ من ذا أو ذا)، وكلُّ واحِدٍ منهما يَدَّعيه، واستَحلَفاه، فحَلَفَ لهما، ثم أَرادا[1] أن يَصطلِحا على أن يَأخُذا[2] العبدَ ويَكونَ بينَهما: لهما ذلك عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أوَّلًا؛ لأنه إذا أَقرَّ لأحَدهما فقد أثبت لهما[3] حقَّ الاصطِلاحِ؛ لأن أحَدَهما مالِكٌ له، واليَمينُ لا تُبطِلُ الإقرارَ، فيَبقى لهما حقُّ الاصطِلاحِ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ آخِرًا: لم يكن لهما ذلك؛ لأنهما كانا مُخيَّرين بينَ الاصطِلاحِ والاستِحلافِ، ثم لو اصطَلَحا لم يكن لهما أن يَستحلِفا، فإذا استَحلَفاه لم يكن لهما أن يَصطلِحا؛ لأن الْمُخيَّرَ بينَ الأمرَين إذا اختَار أحَدَهما كان مُبطِلًا حقَّه في الآخر.

(عليَّ عبدٌ): تَجِبُ قِيمتُه(م) وَسَطًا، وشِرْكةٌ: نصفُه(م).

ولو قال: (لفُلانٍ عليَّ عبدٌ): قُضِي عليه بقِيمة عبدٍ وسَطٍ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه أقرَّ بالدَّين؛ لأن (على) تُستعمَلُ في الدُّيون، والعبدُ لا يَكونُ دَينًا في الذِّمّة إلا في نِكاحٍ وخُلعٍ وصُلحٍ عن دَم عمدٍ، وثَمَّ يَجِبُ عبدٌ وسَطٌ أو قِيمتُه.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القولُ قولُه في قِيمته؛ لأنه الْمُجمِلُ.

ولو قال: (لفُلانٍ شِرْكٌ في هذا العبدِ).. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له نِصفُه؛ لأن

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): أراد.

(٢) في سوى (أ) و(هـ): أن يأخذ.

(٣) في (ج): لأحدهما.

الشِّرْكَ لُغةٌ في الشِّرْكة، قال:

وشارَكْنا قُرَيشًا في تُقاها وفي أنسابِها شِرْكَ العِنانِ

أي: شِرْكةَ العِنانِ، والشِّرْكةُ تقتضي المُساواةَ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: للمُقِرِّ أن يُبيِّنَ ما شاء؛ لأنه مُبهمٌ.

وَرُدَّ(م) قولُ: (لم أقبِض) بعدَ أن أقَرَّ بالدَّفع والنَّقدِ.

ولو قال: (دَفَع إليَّ فُلانٌ ألفَ دِرهَمٍ -أو نَقَد لي ألفَ دِرهَمٍ- ولم أقبِض)، ووَصَل: لم يُصدَّق عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه رُجوعٌ؛ إذ الدَّفعُ والنَّقدُ لا يَكونُ إلا بالقَبض.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُصدَّقُ؛ لأنهما يُذكَران للتَّخلِية مَجازًا.

مَريضٌ قال: (هذا لُقَطةٌ)، وكَذَّبه الوَرَثةُ: تَصدَّقوا بثُلُثه(م).

أقَرَّ مَريضٌ مرَضَ الموتِ بألف دِرهَمٍ بعَينه أنه لُقَطةٌ عندَه، وكَذَّبَته الوَرَثةُ: تَصدَّقوا(١) بثُلُثه بعدَ موتِه؛ لأن حُكمَ اللُّقَطةِ التَّعريفُ ثم الإمساكُ لربِّها، أو التَّصدُّقُ، فإذا مات بَطَل الأمرُ بالتَّعريف والإمساكِ؛ لأنه لا تَصِحُّ الوصِيّةُ بهما، فبَقِي الأمرُ بالصَّدَقة، وهي تَبرُّعٌ، فيَصِحُّ في الثُّلُث.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كلُّها مِيراثٌ لَمّا لم يُصدِّقوه في ذلك؛ لأن قولَه: (لُقَطةٌ) كقَولِه: (ليس لي)، ولو قال ذلك لا يَبطُلُ الإرثُ، ولا يَتصدَّقُ بشيءٍ منه، كذا هنا.

(عليَّ ألفٌ أو على هذا الجِدارِ(س م))، و(عليَّ ألفٌ فيما قد عَلِمتُ)، لا (فيما أعلَمُ(س)): مُلزِمٌ، و(عليَّ ألفٌ له، وإلا لك): لا(م).

---

(١) في (ج) و(هـ): يصدقوا.

ولو قال: (له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ[1] أو على هذا الجِدارِ): فعليه ألفُ دِرهَمٍ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما، وهو كقَوله: (عَبدي أو حِماري حُرٌّ)، وقد مَرّ.

ولو قال: (له عليَّ ألفٌ فيما قد عَلِمتُ) فهو مُلزِمٌ، ولو قال: (فيما أعلَمُ): لا يَكونُ مُلزِمًا، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هذا والأوَّلُ سَواءٌ؛ لأنهما لإثبات العِلمِ.

ولهما: أنه يُذكَرُ للشَّكِّ عُرفًا، بخِلاف الأوَّلِ؛ لأن (قد) للتَّأكيد، فقد أكَّد عِلمَه عما أخبَر به، فكان ذلك تأكيدًا لإقراره لا شكًّا.

ولو قال: (له عليَّ ألفٌ وإلا لك): لا يَلزَمُه شيءٌ للأوَّل ولا للثَّاني عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الألفُ للأوَّل، ولا شيءَ للثَّاني؛ لأن مِثلَه يُذكَرُ للتَّأكيد، تَقولُ: (إن فَعَلتُ كذا وإلا فعليَّ حَجّةٌ)، فيَكونُ تأكيدًا للأوَّل.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو كقَوله: (لفُلانٍ أو فُلانٍ عليَّ ألفُ دِرهَمٍ)؛ لأنه يُذكَرُ للتَّخيير في الطَّلَب، وللتَّشكيك في الإخبار، كقَولك: (اركَب هذه الدّابّةَ وإلا هذه الدّابّةَ) و(انزِل ههنا وإلا ههنا).

قالَت أمةٌ لغَير ذِي اليدِ: (هو دَبَّرني) أو (أولَد) أو (كاتَب)، وصَدَّق، أو قال ابنُها: (أنا ابنُه، وهي أُمُّ وَلَدِه)، وصَدَّق، وأنكَر ذُو اليدِ: فالقولُ له(س).

قالت أمةٌ لغَير ذي اليدِ: (هو دَبَّرني) أو (استولَدني) أو (كاتَبني)، وصَدَّقها، وقال ذو اليدِ: (بل أنتِ أمَتي): فهي لذي اليدِ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ؛ لأنها أقَرَّت بالرِّقّ، ثم أرادت إخراجَ نفسِها من يَد ذي اليدِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]، فلا يُقبَلُ قولُها.

---

(١) في (ب) زيادة: فيما قد علمت فهو ملزم.

(٢) قوله: (عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ) مثبت من (هـ).

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القولُ لها؛ لأنها ادَّعَت شُعبةً من شُعَب العَتقِ، فصار كما لو ادَّعَت حُرِّيَّةَ الأصلِ.

ولو كان لها ابنٌ، فقال: (أنا ابنُ فُلانٍ، وأُمِّي أُمُّ ولَدِه)، وقال فُلانٌ: (هو ابني)، وقال ذو اليدِ: (أنت عَبدي، وأُمُّك أمَتي): فالقولُ لذي اليدِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه أقَرَّ بالرِّق، حيث أقَرَّ بانفِصاله من الأَمة، فكان إقرارًا أنه لا يدَ له.

وقالا: القولُ للغُلام؛ لأنه ادَّعى أنه انعَلَق حُرًّا.

تَعدَّد المالُ(س م) بتَعدُّد إشهادِه[1] ومُشهِدِه.

وإذا أقَرَّ لرَجُلٍ[2] بمِائة دِرهَمٍ، وأشهَد شاهِدَين، ثم أشهَد في مَوضِعٍ آخَرَ شاهِدَين آخَرَين بمِائة دِرهَمٍ، أو أقَلَّ، أو أكثَرَ: فعليه الْمَالان عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنهما إقراران مُختلِفان، فكان الثّانِي غيرَ الأوَّلِ؛ لأن الْمُنكَّرَ إذا أُعِيد مُنكَّرًا فالثّانِي غيرُ الأوَّلِ.

وقالا: عليه مالٌ واحِدٌ؛ لأن الإقرارَ إخبارٌ عن شيءٍ ثابِتٍ، والشَّيءُ يُخبَرُ عنه مرّةً بعدَ أُخرى، فكان الثّانِي هو الأوَّلَ بدَلالة العادةِ، كما لو اتَّحَد الْمَجلِسُ، وكما لو أشهَد على كلِّ إقرارٍ شاهِدًا واحِدًا.

قُلنا: الْمَجلِسُ الواحِدُ دَلالةُ الاتِّحادِ؛ لأنه يَجمَعُ الكَلِماتِ.

تَواضَعا[3] للتَّلجِئة[4]، وأطلَقا عَلَنًا: صحّ، إلا أن يُقِرّا بالبِناء(س م).

وإذا تَواضَع رَجُلان في السِّرِّ بحَضرة الشُّهودِ على أن يَتبايَعا تَلجِئةً بشيءٍ يَخافُ

---

(١) في (ف): الشهادة.

(٢) في (ج) و(هـ): الرجل.

(٣) واضعه في الأمر: أي وافقه فيه على شيء. «المختار» ص٣٤١.

(٤) بيع التلجئة: البيع الذي يباشره المرء عن ضرورة ويصير كالمكره عليه. «التوقيف» ص٨٨.

البائعُ أن يُغصَبَ منه، ثم قال البائعُ في مَجلِسٍ آخرَ: (بِعتُك بألفٍ)، وقال الآخرُ: (قَبِلتُ): صَحّ البيعُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، إلا أن يُقِرّا[1] بالبِناء على الْمُواضَعة، فحينَئذٍ يَنعقِدُ العقدُ فاسِدًا غيرَ مُوجِبٍ للمِلك، وإن اتَّصَل به القبضُ.

وهذه الْمَسألةُ على أربَعة أوجُهٍ:

إما أن يَتَّفِقا على الإعراض، أو على البِناء، أو على أن لا يَحضُرَهما شيءٌ، أو يَختلِفا، بأن يَدَّعي أحَدُهما البِناءَ والآخَرُ الإعراضَ.

فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجوزُ في الكلّ[2]، إلا أن يَتَّفِقا على البِناء.

وعندَهما: يَفسُدُ في الكلّ، إلا أن يَتَّفِقا على الإعراض.

والأصلُ: أنه جَعَلَ صِحّةَ الإيجابِ أَولى؛ لأن العقدَ في الظّاهِر جِدٌّ، وهما اعتَبَرا العادةَ، وهو[3] تَحقيقُ الْمُواضَعةِ ما أمكَن.

باع بألفَين، وقصدُهما بألفٍ: فهو بهما(س م).

وإذا تَواضَعا في السِّرِّ على البَيع بألفٍ، وعَقَدا عَلانِيَةً بألفَين على أن الزِّيادةَ سُمعةٌ، وتَصادَقا على ذلك: فالثَّمَنُ ألفان عندَه، وعندَهما: ألفٌ؛ لِما مَرّ، والله أعلَمُ.

---

(١) في (ج) و(هـ): يقر.

(٢) في (ب): في الأول.

(٣) في (هـ): وهي.

كِتَابُ الصُّلْحِ

كتاب الصلح

كِتابُ الصُّلحِ(١)

عقدٌ يَرفَعُ النِّزاعَ(٢).

هو: اسمٌ بمَعنى الْمُصالَحةِ، وهو خِلافُ الْمُخاصَمةِ، وأصلُه: من الصَّلاحِ، وهو: استِقامةُ الحالِ.

وفي الشَّريعة: عِبارةٌ عن عقدٍ يَرفَعُ النِّزاعَ.

ورُكنُه: الإيجابُ والقَبولُ.

وشرطُه: أن يَكونَ البدَلُ -أي الْمُصالَحُ عليه- مالًا مَعلومًا إن احتِيج إلى قَبضه، وإلا لا يُشترَطُ مَعلومِيّتُه، فإن من ادَّعى حقًّا في دارٍ، وادَّعى الْمُدَّعى عليه قِبَلَه حقًّا في حانُوته، فتَصالَحا على أن يَترُكَ كلُّ واحِدٍ منهما دَعواه قِبَلَ صاحِبِه: صَحّ، وإن لم يُبيِّن كلُّ واحِدٍ منهما مِقدارَ حقِّه؛ لأن جَهالةَ السّاقطِ لا تُفضِي إلى الْمُنازَعة.

وحُكمُه: وُقوعُ البَراءةِ عن دَعوى الْمُدَّعي.

وجَوازُه ثَبت بقَوله تَعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾ [النِّساء : ١٢٨]، عَرَّفه بالألف واللّامِ،

(١) الصلح: هو اسم من المصالحة، وهي المسالمة بعد المنازعة، وفي الشرع: عقد يرفع النزاع بالتراضي. «التعريفات الفقهية» ص١٣٠.

(٢) نازعته في كذا منازعةً ونزاعًا: خاصمته، وتنازعا فيه وتنازع القوم: اختلفوا. «المصباح» ٢/ ٦٠٠.

فيقتضي أن يكونَ كلُّ صُلحٍ خيرًا، وكلُّ خيرٍ مَشروعٌ.

وقولِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الصُّلحُ جائِزٌ بينَ الْمُسلِمين، إلا صُلحًا حَرَّم حَلالًا أو أحَلَّ حَرامًا»[1].

وانعَقَد الإجماعُ على جَوازه.

ولأنه سبَبٌ لدَفع التَّنازُعِ الْمَحظورِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَلَا تَنَٰزَعُواْ﴾ [الأنفال: ٤٦]، فكان مَشروعًا.

وهو على ثَلاثة أضرُبٍ: صُلحٌ مع إقرارٍ، وصُلحٌ مع سُكوتٍ، وهو أن لا يُقِرَّ الْمُدَّعى عليه ولا يُنكِرَ، وصُلحٌ مع إنكارٍ، وكلُّ ذلك جائِزٌ؛ لِما بيَّنَّا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجوزُ الثّاني والثّالثُ؛ للاستِثناء في الحَديث[2]، وهذا بهذه الصِّفةِ؛ لأن الْمُدَّعيَ إن كان مُحِقًّا كان أخذُ المالِ حَلالًا له قَبْلَ الصُّلحِ، وحَرُم بالصُّلح، وإن كان مُبطِلًا فقد كان أخذُ المالِ على الدَّعوى الباطِلةِ حَرامًا عليه قَبْلَ الصُّلحِ، وحَلَّ بالصُّلح.

وهذا بخِلاف الصُّلحِ على الإقرار؛ لأن بدَلَ الصُّلحِ ما كان حَرامًا على الآخِذ، وإن كان من خِلاف جِنسِ حقِّه، بِناءً على أصله: أن ربَّ الدَّينِ إذا ظَفِر على مال الْمَديونِ له أن يَأخُذَه، وإن كان خِلافَ جِنسِ حقِّه.

ولنا: إطلاقُ ما تَلَونا[3]؛ إذ هو كَلامٌ مُستقِلٌّ بذَاته، فلا يُربَطُ بسَبَبه، وهو مُحلًّى بالألِف واللّامِ، فيَنصرِفُ إلى الجِنس.

---

(١) رواه الإمام أحمد (٨٧٨٤)، وأبو داود (٣٥٩٤)، والترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣).

(٢) أي الحديث المار.

(٣) أي قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨].

فإن قُلتَ: يَنبَغي أن يَنصرِفَ إلى الْمَعهود السّابقِ؛ لأن الْمُنكَّرَ إذا أُعِيد مُعرَّفًا كان الثّانِي عينَ الأوّلِ.

قُلتُ: هو خَرَج مَخرَجَ التَّعليلِ لِما سَبَق ذِكرُه، كأنه قال: (صالِحوا لأن الصُّلحَ خَيرٌ)، والعِلّةُ لا تَتَقيَّدُ بمحَلِّ الحُكمِ الذي عُلِّل فيه، بل أينما وُجِدت العِلّةُ تَبِعها حُكمُها؛ وهذا لأنه لو حُمِل على الجِنس يَدخُلُ فيه الْمَعهودُ وغيرُه، ولو حُمِل على الْمَعهود يَقتصِرُ عليه، فكان حملُه على الجِنس أحقَّ.

وأوَّلُ ما رَوَينا[1]، وهو بعُمومه يَتناوَلُ الصُّلحَ على الإقرار والإنكارِ والسُّكوتِ، فالتَّقييدُ بحالة الإقرارِ يَكونُ زِيادةً على النَّصّ.

وتأويلُ آخِرِه[2]: أن يُحِلَّ حَرامًا لعَينه، مِثلَ أن يُصالِحَ على خمرٍ أو خِنزيرٍ، أو يُحرِّمَ حَلالًا لعَينه، نحوَ[3] أن يُصالِحَ إحدى امرَأتَيه على أن لا يطَأَ الأُخرى، أو يُصالِحَ امرَأتَه على أن لا يطَأَ أمتَه.

وهذا النَّوعُ من الصُّلح باطِلٌ عندَنا، وحملُه على هذا أحقُّ؛ لأن الحَرامَ الْمُطلَقَ ما هو حَرامٌ لعَينه، والحَلالَ الْمُطلَقَ ما هو حَلالٌ لعَينه.

وما ذَكَره غيرُ مُحتمَلٍ؛ إذ الصُّلحُ مع الإقرارِ لا يَخلو عن ذلك، فالصُّلحُ يَقَعُ على بَعض الحقِّ في العادة، فما زاد على الْمَاخوذ إلى تَمام الحقِّ كان حَلالًا للمُدَّعي أخذُه قبلَ الصُّلحِ، وحَرُم بالصُّلح، وكان حَرامًا على الْمُدَّعى عليه منعُه قبلَ الصُّلحِ، وقد حَلَّ بالصُّلح.

---

(١) أي ولنا صدر الحديث المار، وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الصلح جائز بين المسلمين».

(٢) وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً».

(٣) في (ب) و(هـ): مثل، وفي (ج): يجوز.

ولأن هذا صُلحٌ وَقَع بعدَ دَعوى صَحيحةٍ، ولهذا يُستحلَفُ الْمُدَّعى عليه، فيَجوزُ؛ لأن الْمُدَّعيَ يَأخُذُه عِوَضًا عن حقِّه الثّابتِ في زَعمه، وهو مَشروعٌ، والْمُدَّعى عليه يُعطِيه قطعًا لِمُنازَعته؛ صِيانةً لِعِرضه، وبذلُ المالِ لِمِثل هذا الغرَضِ مَشروعٌ؛ لأن المالَ خُلِق لِصِيانة الأنفسِ عن الْمَهالِك والْمَفاسِدِ.

وإذا جاز الإعطاءُ والأخذُ بِناءً على غرَضَيهما، والصُّلحُ ليس إلا هذا.. فكان صَحيحًا.

فإن قِيل: الْمُدَّعى عليه إنما يَبذُلُ المالَ ليَدفَعَ به خُصومةَ الْمُدَّعي عن نَفسه، والْمُدَّعي إنما يَأخُذُه ليَكُفَّ عن الخُصومة معه بغَير حُجّةٍ، وخُصومتُه بغَير حُجّةٍ ظُلمٌ منه شرعًا، وأخذُ المالِ ليَكُفَّ عن الظُّلم رِشوةٌ، وهي حَرامٌ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَعَنَ اللهُ الرّاشيَ والْمُرتشِيَ والرّائشَ»[1].

قُلنا: دفعُ الرِّشوةِ لدَفع الظُّلمِ أمرٌ جائزٌ، وإنما حَرُم إن لو دَفَع الرِّشوةَ ليَظلِمَ غيرَه، على أنه إنما يَكونُ رِشوةً إذا أخذه الآخِذُ بالجِهة التي يَدفَعُه الدّافعُ إليه، وهو يَأخُذُه[2] بجِهة الاعتِياضِ عن حقِّه، فلا يَكونُ رِشوةً.

صحَّ عن مالٍ بمَنفَعةٍ إجارةً.
فيَبطُلُ بلا تَوقيتٍ، وبهَلاك أحَدِهما، والْمَحَلِّ.

(١) رواه الحاكم (٧٠٦٨) ولفظه كاملاً: «لعن الله الراشي والمرتشي والرائش الذي يمشي بينهما».
ورواه الإمام أحمد (٢٢٣٩٩) والطبراني (١٤١٥) عن ثوبان قال: لعن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ الراشي والمرتشي والرائش. يعني: الذي يمشي بينهما.
ورواه الإمام أحمد (٩٠٢٣) وابن حبان (٥٠٧٦) والطبراني ٢٣/ ٣٩٨ بلفظ: «لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم».

(٢) في (ب): وهو ما يأخذه.

والأصلُ: أن الصُّلحَ يَجِبُ حملُه على أقرَب العُقودِ إليه، فإن وَقَع الصُّلحُ عن مالٍ بمَنفَعةٍ يُعتبَرُ إجارةً؛ لوُجود مَعناها، وهو تَمليكُ الْمَنفَعةِ بعِوَضٍ، والعِبرةُ في العُقود للمَعانِي، فيُشترَطُ التَّوقيتُ فيها، وتَبطُلُ بلا تَوقيتٍ، وبهَلاكِ أحَدِهما أو محَلِّ الْمَنفَعةِ.

حتى لو ادَّعى دارًا، ثم صالَح عنها على سُكنى دارٍ، أو خِدمةِ عبدٍ سنةً، أو رُكوبِ هذه الدّابّةِ إلى بَغدادَ، أو لُبسِ هذا الثَّوبِ شهرًا، ثم هَلَك الْمُدَّعي، أو الْمُدَّعى عليه، أو محَلُّ الْمَنفَعةِ.. قبلَ الاستِيفاءِ: بَطَل الصُّلحُ قِياسًا، وهو قولُ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، فيَعودُ على[1] رَأس الدَّعوى.

ولو كان بعدَ استِيفاءِ بعضِها بَطَل بقَدْر ما بَقِي، ويَرجِعُ في دَعواه بقَدْره؛ لأنه إجارةٌ، وهي تَبطُلُ بكلِّ واحِدٍ من هذه الأشياءِ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: إن مات الْمُدَّعى عليه لا يَبطُلُ الصُّلحُ، والْمُدَّعي يَستَوفيه، وإن مات الْمُدَّعي فكذلك في خِدمة العبدِ وسُكنى الدّارِ، والوارِثُ يَقومُ مَقامَه.

ويَبطُلُ في رُكوب الدّابّةِ ولُبسِ الثَّوبِ؛ لأن الصُّلحَ لقَطع الْمُنازَعةِ، وفي إبطال الصُّلحِ بمَوت أحَدِهما إعادةُ الْمُنازَعةِ بينَهما، والنّاسُ يَتفاوَتون في الرُّكوب واللُّبسِ، فلا يَقومُ الوارِثُ فيه مَقامَ الْمُورِّثِ؛ للضَّرَر الذي يَلحَقُ المالِكَ، فيَفوتُ الْمَعقودُ عليه، فيَبطُلُ ضَرورةً.

فإن قَتَل العبدَ أجنَبيٌّ، أو الْمُدَّعي: يَبطُلُ الصُّلحُ -كما تَبطُلُ الإجارةُ- عندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَبطُلُ، ويُؤخَذُ من القاتِل قِيمتُه، ويُشترى بها عبدٌ آخرُ، ثم الْمُدَّعى إن شاء رَضِي بخِدمته، وإن شاء نَقَض الصُّلحَ؛ لأنه فات[2] وأخلَف

---

(١) في (هـ): إلى.

(٢) في (ب): مات.

بدَلًا، والتَّخيرُ للتَّغيُّر[١].

ولو قَتَله الْمُدَّعى عليه أو مات: بَطَل بالإجماع.

ولا يَستأجِرُ(س) مالِكُه.

ولو استأجَره المالِكُ لم يَجُز عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كالْمُستأجَر، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ.

وبمالٍ بيعًا لو بإقرارٍ، فلو استُحِقَّ بعضُه رُدَّ حظُّه.

وإن وَقَع[٢] عن[٣] مالٍ بمالٍ بإقرارٍ[٤] يُعتبَرُ بيعًا؛ لوُجود مَعناه، وهو مُبادَلةُ المالِ بالمال بالتَّراضِي، فتَجري فيه الشُّفعةُ، ويُرَدُّ بخِيار العَيبِ والرُّؤيةِ والشَّرطِ، ويَفسُدُ بجَهالة البدَلِ إذا كان يَحتاجُ إلى قَبضه؛ لأن جَهالتَه تُفضِي إلى النِّزاع، فلا بُدَّ من إِعلامه على وجهٍ لم تَبقَ فيه مُنازَعةٌ بينَهما دونَ جَهالةِ الْمُصالَحِ عنه؛ لأنه يَسقُطُ.

وتُشترَطُ القُدرةُ على تَسليم البدَلِ، فإن كان الصُّلحُ عن إقرارٍ، واستُحِقَّ بعضُ الْمُصالَحِ عنه: رَجَع الْمُدَّعى عليه[٥] بحِصّة ذلك من العِوَض.

ولو استُحِقَّ الْمُصالَحُ عليه بإقرارٍ رَجَع بكلِّ الْمُصالَحِ عنه، ولو استُحِقَّ بعضُه رَجَع بحِصّته؛ لأنه مُبادَلةٌ، كالبَيع، وحُكمُ الاستِحقاقِ في البَيع هذا.

وفِداءً في حقِّ الْمُنكِرِ، وبيعًا في حقِّ الْمُدَّعي لو بسُكوتٍ وإنكارٍ.

---

(١) في (هـ): والتخيير للتعبير.

(٢) في (د): صالحه.

(٣) في (ب): على.

(٤) في (ب): عن إقرار.

(٥) في (هـ): رجع على المدعى عليه.

والصُّلحُ عن السُّكوت والإنكارِ في حقِّ الْمُدَّعى عليه: لافتِداء اليَمينِ وقطعِ الخُصومةِ، وفي حقِّ الْمُدَّعي: بمَعنى البيعِ؛ لأن المالَ واجِبٌ عندَه، فكلُّ واحِدٍ يُؤاخَذُ بزَعمه، ويَجوزُ أن يَختلِفَ حُكمُ التَّصرُّفِ الواحِدِ بالنِّسبة إلى شَخصَين، فالإقالةُ فسخٌ في حقِّ العاقِدَين، بيعٌ جَديدٌ في حقِّ غيرِهما.

ومن اشتَرى عبدًا أقرَّ بحُرِّيّته فما يُعطِي من الثَّمَن بدَلُ تلك[1] الرَّقَبةِ في حقِّ البائِعِ، وهو فِداءٌ في حقِّ الْمُشتَري، حتى يَعتِقُ العبدُ.

وهذا في الإنكار واضِحٌ، وكذا في السُّكوت؛ لأنه يُحتمَلُ الإقرارُ والجُحودُ، وعلى[2] التَّقدير الأوَّلِ يَكونُ عِوَضًا، وعلى الثّاني لا، فلا يَكونُ عِوَضًا بالشَّك.

فلا شُفعةَ إن صالَح عن دارٍ بهما، وتَجِبُ لو بإقرارٍ، أو صالَح عليها بهما.

فإن صالَح عن دارٍ بإنكارٍ أو سُكوتٍ: لم تَجِب فيها الشُّفعةُ؛ لأنه يَزعُمُ أنه يَستَبقي الدّارَ الْمَملوكةَ له على نَفسه بهذا الصُّلحِ، ويَدفَعُ المالَ لقَطع خُصومةِ الْمُدَّعي عن نَفسه، لا أنه[3] يَشتَريها، وزعمُ الْمُدَّعي لا يَلزَمُه.

وإذا صالَح عنها بإقرارٍ تَجِبُ؛ لأنه اعترَف بالْمِلك للمُدَّعي، وإنما استَفاده بالصُّلح، فكانت مُبادَلةً ماليّةً.

ولو صالَح عليها بإنكارٍ أو سُكوتٍ، أو إقرارٍ: تَجِبُ الشُّفعةُ في جَميع ذلك؛ لأن الْمُدَّعيَ يَأخُذُها عِوَضًا عن حقِّه في زَعمه، فيُعامَلُ بزَعمه.

ولو استُحِقَّ: رَدَّ البَدَلَ، وخاصَم، ولو بعضُه: فبقَدْره.

---

(١) في سوى (أ) و(ب): ملك.

(٢) في (د) و(هـ): على.

(٣) في (ب) و(هـ): لأنه.

ولو وَقَع الصُّلحُ عن إنكارٍ أو سُكوتٍ، فاستُحِقَّ الْمُتنازَعُ فيه: رَدَّ الْمُدَّعي بدَلَ الصُّلحِ على الْمُدَّعى عليه، وخاصَم الْمُدَّعي مع الْمُستحِقِّ؛ لأن ما أخَذ عِوَضٌ في زَعم الْمُدَّعي، وبالاستِحقاق فات الْمُعوَّضُ، فلَزِمه ردُّ العِوَضِ.

وهذا لأن الْمُدَّعيَ زَعَم أنه باع الدّارَ منه بما أخَذ من البَدَل، فإذا استُحِقَّت الدّارُ فقد استُحِقَّ الْمَبيعُ في زَعم الْمُدَّعي، واستِحقاقُ الْمَبيعِ يُثبِتُ للمُشتَري وِلايةَ الرُّجوعِ على البائِع بالعِوَض، والْمُدَّعى عليه زَعَم أن ما أَعطاه أَعطاه فِداءً عن اليَمين ودفعًا لخُصومته، وبالاستِحقاق ظَهَر أنه لا يَمينَ عليه ولا خُصومةَ معه، فبَقِي العِوَضُ في يَده غيرَ مُشتمِلٍ[1] على عَرْضه، فيَستردُّه[2].

وإن استُحِقَّ بعضُه رَدَّ حِصّتَه، ورَجَع الْمُدَّعي بالخُصومة في ذلك القَدْرِ؛ لأنه لو استُحِقَّ كلُّه يَرُدُّ جَميعَ العِوَضِ، فإذا استُحِقَّ بعضُه رَدَّ حِصّتَه؛ اعتِبارًا للبَعض بالكلّ.

وإن كان الصُّلحُ عن إنكارٍ، واستُحِقَّ البدَلُ: رَجَع إلى الدَّعوى[3] في كلِّه أو بقَدْر الْمُستحَقِّ إذا استُحِقَّ[4] بعضُ البدَلِ؛ لأن الْمُبدَلَ في الصُّلح عن الإنكار هو الدَّعوى، فإذا استُحِقَّ البدَلُ رَجَع هو بالْمُبدَل[5]، وهو الدَّعوى.

وهذا بخِلاف ما إذا باع الْمُنكِرُ شيئًا منه بالْمُدَّعى، فاستُحِقَّ ذلك الْمَبيعُ، فإنه يَرجِعُ بالْمُدَّعى لا إلى الدَّعوى[6]: لأن الإقدامَ على البَيع منه بالْمُدَّعى إقرارٌ منه بكَون

(١) في (د): محتمل.

(٢) في (د): فيرده.

(٣) في (ب): المدعى.

(٤) في (هـ): إذ المستحق بعض البدل.

(٥) في (أ) و(ب): بالبدل.

(٦) في (ب): دعوى، وفي (هـ): بالمدعى إلى الدعوى.

الْمُدَّعى حقًّا له، ولا كذلك الصُّلحُ؛ لأنه قد يَقَعُ لدَفع خُصومةِ الْمُدَّعي.

ولو هَلَكَ بدَلُ الصُّلحِ قبلَ التَّسليمِ فالجَوابُ فيه كالجَواب في الاستِحقاق في فَصلَي الإقرارِ والإنكارِ.

وإن ادَّعى حقًّا في دارٍ لم يُبيِّنه، أي حقًّا مَجهولًا، فصالَح على دَراهِمَ، ودَفَعها إليه، ثم استُحِقَّ بعضُ الدّارِ: لم يَرُدَّ شيئًا من العِوَض، فلعل دَعواه فيما بَقِي دونَ ما استُحِقّ، وهذا الصُّلحُ مَبنيٌّ على زَعم الْمُدَّعي، وهو يَتمكَّنُ من أن يَقولَ: (إنما كان حقِّي ما بَقِي)، ولو استُحِقَّ كلُّ الدّارِ من يَد الْمُدَّعى عليه له أن يَرجِعُ بدَراهِمه؛ لوُرود الاستِحقاقِ على الْمُدَّعى بيقينٍ.

ولأن هذا الصُّلحَ مَبنيٌّ على زَعم الْمُدَّعي، وفي زَعم الْمُدَّعي أنه أَخذ الدَّراهِمَ عِوَضًا عن الدّار، فإذا استُحِقَّت كان عليه ردُّ الْمَقبوضِ من الباقِي من البَدَل[1]، كالْمَبيع إذا استُحِقّ، وقد مَرَّ في البُيوع.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يَصِحَّ الصُّلحُ؛ لأن من الحُقوق ما لا يَصِحُّ الصُّلحُ عنه، كحقِّ الشُّفعةِ.

قُلنا: إقدامُه على الصُّلح مُشعِرٌ بأنه يَدَّعي حقًّا في عَين الدّارِ؛ إذ الصُّلحُ عن حقِّ الشُّفعةِ لا يَجوزُ[2]، والدّارُ دارُ الإسلامِ واشتِهارِ الأحكامِ، فكان عالِمًا بأن الصُّلحَ عن الشُّفعة باطِلٌ، وقد أَقدَم على الصُّلح، فتَبيَّن أن ذلك الحقَّ هو حقٌّ يَصِحُّ الصُّلحُ عنه.

ولو ادَّعى دارًا، فصالَحه على قِطعةٍ منها: لم يَصِحَّ الصُّلحُ، وهو على دَعواه في الباقِي[3]؛ لأن الصُّلحَ إذا كان على بَعض الْمُدَّعى كان استِيفاءً لبَعض الحقِّ وإسقاطًا

(١) في (أ): المبدل، وفي (هـ): من الباقي من البدل.

(٢) في (ب): باطل.

(٣) في (د): لم يصح الصلح على دعواه في الباقي.

للبَعض، والإسقاطُ لا يَرِدُ على الأعيان، بل هو مَخصوصٌ بالدُّيون.

والحِيلةُ في جَوازه: أن يَزيدَ على بَدَل الصُّلحِ دِرهَمًا ليَكونَ مُستوفِيًا بعضَ حقِّه، آخِذًا العِوَضَ عن البَعض، أو يُلحِقَ به ذِكرَ البَراءةِ عن دَعوى الباقِي(١)؛ لأن الإبراءَ عن دَعوى العَينِ(٢) جائزٌ.

---

(١) في (أ): الثاني.

(٢) في (ب): الغير.

فصل
[في بيان ما يجوز من الصلح وما لا يجوز]

الصُّلحُ جائِزٌ عن دَعوى المالِ؛ لأنه في مَعنى البيعِ، فما جاز بيعُه جاز صُلحُه، والْمَنافِعِ، بأن ادَّعى في دارٍ سُكنى سنةٍ وصِيّةً من ربِّ الدّارِ[1]، فجَحَده، أو أقرَّ[2] به، فصالَحه الوارِثُ على شيءٍ: جاز؛ لأنه جاز[3] أخذُ العِوَضِ عنها بالإجارة، فكذا بالصُّلح.

وعن جِنايةٍ، لا حدٍّ.

وعن جِنايةٍ، وهذا اللَّفظُ يَتناوَلُ العمدَ والخطأَ، والنَّفسَ وما دونَها.

أما العمدُ: فلقَوله تَعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البَقَرة: ١٧٨]، أي من أُعطِي له من دَم أخِيه شيءٌ، وذلك بطَريق الصُّلح، كذا قاله ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[4]، وبدَلُ الصُّلحِ في دَم العمدِ جارٍ مَجرى المهرِ، فكلُّ جَهالةٍ تُحُمِّلت في الْمَهر تُتحمَّلُ هنا، وما يَمنَعُ صِحّةَ التَّسميةِ[5] يَمنَعُ وُجوبَه في الصُّلح؛ لتَشاكُلهما من حيث إن المالَ يَجِبُ فيهما ابتِداءً لا[6] في مُقابَلة مالٍ.

(١) في (ب): الدين.

(٢) في (هـ): وأقر به.

(٣) سقطت من (هـ).

(٤) رواه البخاري (٤٤٩٨).

(٥) في (د) و(هـ): القسمة.

(٦) في (ب): إلا.

وعندَ فَسادِ التَّسميةِ يَسقُطُ القَوَدُ، ويَجِبُ بدَلُ النَّفسِ، وهو الدِّيَةُ، نحوَ أن يُصالِحَ على ثَوبٍ، كما يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ في النّكاح.

إلا أنهما يَفترِقان من وجهٍ، وهو أنه إذا تَزوَّجها على خمرٍ يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ، ولو صالَح من[1] دَم العمدِ على خمرٍ لم يَجِب شيءٌ؛ لأن وُجوبَ المهرِ في النّكاح من ضَرورة العقدِ؛ لأنه لم يُشرَع إلا بالمال، فإذا لم يكن الْمُسمّى مالًا لَغَت التَّسميةُ أصلًا، وصار كأنه تَزوَّجها ولم يُسَمِّ مهرًا، وثَمَّ يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ، ووُجوبُ المالِ في الصُّلح ليس من ضَرورة الصُّلح، فإنه لو عَفا ولم يُسَمِّ مالًا لا يَجِبُ شيءٌ.

ولو صالَح الشَّفيعُ من الشُّفعة التي وَجَبت له على شيءٍ على أن تَسلَمَ الدّارُ للمُشتَري: بَطَل الصُّلحُ، وتَبطُلُ الشُّفعةُ؛ لأنه يَبطُلُ بالإعراض والسُّكوتِ.

فرقٌ بينَه وبينَ الصُّلحِ عن دَم العمدِ، والثّابتُ في الْمَوضِعَين واحِدٌ؛ إذ الثّابتُ للشَّفيع حقُّ أن يَتملَّكَ، وقبلَ التَّملُّكِ لا حقَّ في المحَلّ، وكذا الثّابتُ في القِصاص حقُّ أن يُقيمَ القتلَ، فقبلَ أن يُقيمَ القتلَ لا يَظهَرُ حقٌّ في المحَلّ.

ووجهُ الفرقِ: أن حقَّ الشُّفعةِ حقُّ أن يَتملَّكَ محَلًّا هو مَملوكٌ للغَير، وقبلَ التَّملُّكِ لا حقَّ في المحَلِّ بوجهٍ ما، فكان صُلحًا لا عن حقٍّ ثابتٍ في المحَلّ، فلا يَصِحُّ.

فأما في باب القِصاصِ: فالمحَلُّ صار مَملوكًا في حقِّ إقامةِ[2] الفِعلِ، حتى إذا وَقَع الفِعلُ اتَّصَف بكَونه حقًّا، فيَصِحُّ الاعتياضُ عنه.

ولا يُقالُ: إذا قُطِع يَمينُ إنسانٍ[3]، ثم قَطَع يَمينَ آخَرَ: يَجِبُ القِصاصُ للثّاني كما

---

(١) في (ب): عن.

(٢) في (ب): إدامة.

(٣) في (ب): السارق.

وَجَب للأوَّل، ولو ظَهَر أثرُ الاستِحقاقِ في المحَلِّ لَمَا وَجَب للثّانِي؛ لأن المحَلَّ إذا صار مُستحَقًّا لشخصٍ لا يَصيرُ مُستحَقًّا لشخصٍ آخرَ من بعدُ: لأنّا لا نَقولُ[1] بأن المحَلَّ صار مَملوكًا له على الإطلاق، وإنما صار مَملوكًا له في حقِّ الفِعلِ الذي يُقيمُه فقط، وظُهورُ الحقِّ في المحَلِّ في حقِّ فِعلِه لا يَنفي[2] ظُهورَ الحقِّ في حقِّ فِعلٍ آخرَ، والكَفالةُ بالنَّفس بمَنزِلة حقِّ الشُّفعةِ، حتى إذا صالَح على مالٍ على أن يُبْرِئَه من الكَفالة فالمالُ باطِلٌ.

واختَلَفت الرِّوايةُ في بُطلان الكَفالةِ، ففي رِوايةٍ: تَبطُلُ؛ لأن الإقدامَ على الصُّلح يَتضمَّنُ البَراءةَ عن الكَفالة، والسُّقوطُ لا يَتوقَّفُ على العِوَض، وإذا سَقَطت لا تَعودُ.

وفي رِوايةٍ: لا تَبطُلُ؛ لأن الكَفالةَ بالنَّفس وَسيلةٌ إلى المال، فأخَذت حُكمَه من هذا الوجهِ، فإذا رَضِي بسُقوط حقِّه بعِوَضٍ لم يَسقُط مجّانًا.

وأما الخطأُ: فلأن مُوجَبه المالُ، والصُّلحُ عن المال جائزٌ، فصار كالبَيع، فإن صالَح وليُّه على مِائة بَعيرٍ، أو مِائتَي بقَرةٍ، أو ألفَي شاةٍ، أو مِائتَي حُلّةٍ، أو ألفِ دِينارٍ، أو عشَرةِ آلافِ دِرهَمٍ: صَحّ، وصار استِيفاءً لعَين الحقِّ.

وإن صالَح على أكثَرَ من قَدْر الدِّيَةِ لا يَصِحُّ؛ لأنه زاد على القَدْر الْمَشروعِ، فرُدَّت الزِّيادةُ، بخِلاف الصُّلحِ عن القِصاص؛ فإنه يَجوزُ وإن زاد بدَلُ الصُّلحِ على قَدْر الدِّيَة؛ لأن الواجِبَ هو القِصاصُ، وهو ليس بمالٍ، فكان التَّقويمُ بالعَقد، فيُتقوَّمُ بقَدْر ما أوجَبه الصُّلحُ، قَلَّ أم كثُر.

وبخِلاف ما إذا صالَح على أقَلَّ من ذلك؛ لأنه إسقاطٌ لبَعض الحقِّ، فكان جائزًا،

---

(١) في سوى (أ) و(ج): لأنا نقول.

(٢) في (ب): يبقي.

وهذا إذا صالَح على أحَد[١] مَقاديرِ الدِّيَةِ، فإن صالَح على غَيرِها صَحّ؛ لأنه مُبادَلةٌ بها، إلا أنه يُشترَطُ القبضُ في المَجلِس ليَخرُجَ من أن يَكونَ دَينًا بدَينٍ.

ولو قَضى القاضِي بمِائةٍ من الإبِل، فصالَحه على أكثَرَ من مِائتَي بقَرةٍ: صَحّ؛ لأن القاضِيَ عَيَّن الوُجوبَ في الإبِل، فخَرَج غيرُه من أن يَكونَ واجِبًا، فكان ما يُعطى عِوَضًا عن الواجِب، فيَصِحُّ إذا كان يدًا بيدٍ.

بخِلاف الصُّلح ابتِداءً؛ لأن تَراضِيَهما على بَعض الْمَقاديرِ بمَنزِلة القَضاءِ في حقِّ التَّعيينِ، فلا تَصِحُّ الزِّيادةُ على ما تَعيَّن شرعًا، ولا تَصِحُّ[٢] من دَعوى حدٍّ، حتى لو أخَذ زانِيًا أو سارِقًا أو شارِبَ خمرٍ، فصالَح على مالٍ على أن لا يُرافِعَه إلى السُّلطان: فهو باطِلٌ، ويَرُدُّ ما أخَذ؛ لأنه حقُّ اللهِ تَعالى لا حقُّ العبدِ، والاعتِياضُ عن حقِّ الغيرِ لا يَصِحُّ.

ولهذا قُلنا: إذا ادَّعَت الْمُطلَّقةُ على زَوجها نسَبَ ولَدِها بأن قالت: (إنه ابنُه منها)، وجَحَد الرَّجُلُ، فصالَح من النَّسَب على شيءٍ: فالصُّلحُ باطِلٌ؛ لأن النَّسَبَ يَثبُتُ حقًّا للوَلَد؛ لاحتِياجه إليه، لا حقًّا لها، فلا تَملِكُ الاعتِياضَ لإسقاطه.

وكذا لو كان لرَجُلٍ ظُلّةٌ أو كَنيفٌ على طَريق العامّةِ، فخاصَمه رَجُلٌ وأَراد طَرْحَه، فصالَحه على مالٍ: فالصُّلح باطِلٌ؛ لأن الحقَّ في الشّارِع لجَماعة الْمُسلِمين، فلا يَجوزُ أن يُصالِحَ واحِدٌ على الانفِراد، وإنما يَكونُ لكلِّ واحِدٍ حقُّ الخُصومةِ في الدَّفع[٣] والمنعِ حِسبةً.

---

(١) في (هـ): أخذ.

(٢) في (أ): تصلح.

(٣) في (أ) و(ج): للرفع.

بخِلاف ما لو كان على طَرِيقٍ غيرِ نافِذٍ، فصالَحه رَجُلٌ من أَهل الطَّرِيقِ: فالصُّلحُ جائِزٌ؛ لأن الطَّريقَ مَملوكةٌ لأَهلها.

ويَندرِجُ تحتَه حدُّ القذفِ، حتى لو قَذَف رَجُلًا، فصالَحه على مالٍ على أن يَعْفُوَ عنه: فهو باطِلٌ؛ لأن الْمُغلَّبَ فيه حقُّ اللهِ تَعالى، فلا يَصِحُّ الاعتِياضُ عنه.

وعن نِكاحٍ[1] ورِقٍّ، وكان خُلعًا وعَتقًا بمالٍ.

ويَصِحُّ عن دَعوى نِكاحٍ، وكان خُلعًا، وهذا على وَجهَين:

أَحَدُهما: أن يَدَّعيَ رَجُلٌ على امرَأَةٍ نِكاحًا، وهي تَجحَدُ، فصالَحَتْه على مالٍ حتى يَترُكَ الدَّعوى: جاز، وكان في مَعنى الخُلعِ؛ لأن الصُّلحَ يَجِبُ اعتِبارُه بأقرَب العُقودِ إليه؛ احتيالًا لصِحّته لَمّا لم يكن عقدًا برَأسه، وأخذُ المالِ بدَلًا[1] عن تَركِ البُضعِ هو الخُلعُ، فصار في حقِّ الْمُدَّعي بمَعنى الخُلعِ بِناءً على زَعمه، وفي حقِّها: بذلُ المالِ لدَفعِ الشَّغبِ والخُصومةِ وتَخليصِ النَّفسِ عن الوَطءِ الحَرامِ.

قالُوا: لا يَحِلُّ له أخذُ البدَلِ فيما بينَه وبينَ ربِّه إذا كان مُبطِلًا في دَعواه.

والثّاني: أن تَدَّعيَ امرَأَةٌ نِكاحًا على رَجُلٍ، فصالَحها على مالٍ: جاز؛ لأنه يُجعَلُ كأنه زاد في مَهرِها، ثم خالَعها على أصلِ المهرِ دونَ الزِّيادةِ، فيَسقُطُ الأصلُ دونَ الزِّيادةِ، هكذا ذُكِر في بَعضِ نُسَخِ «الْمُختصَرِ».

وفي بَعضِها قال: لم يَجُز؛ لأنه إذا بَذَل لها المالَ لتَترُكَ الدَّعوى.. فإن جُعِل تركُ الدَّعوى منها فُرقةً: فلا عِوَضَ في الفُرقة من جانِبِ الزَّوجِ؛ إذ لا يَسلَمُ له شيءٌ من هذه الفُرقةِ، وإنما الْمَرأةُ هي التي تَسلَمُ لها نفسُها وتَتخلَّصُ عن الزَّوجِ، وإن لم يُجعَل فُرقةً: فالحالُ على ما كانت عليه قبلَ الدَّعوى، وتكونُ هي على دَعواها، فلا يَكونُ ما أَخَذَتْه

(١) مثبتة من (ج).

عِوَضًا عن شيءٍ، فلا يَجوزُ؛ لأنه رِشوةٌ مَحضةٌ من غَير دفعِ خُصومةٍ، ويَلزَمُها ردُّه.

ويَصِحُّ عن دَعوى رِقٍّ، أي إذا ادَّعى على مَجهولٍ[1] أنه عبدُه، فصالَحه الْمُدَّعى عليه على مالٍ أَعطاه: جاز، ويُجعَلُ في حقِّ الْمُدَّعى عليه بدَلًا[2] للمال لدَفع الخُصومةِ، وتَخليصِ النَّفسِ عن الْمُدَّعي، وفي حقِّ الْمُدَّعي كأنه أعتَقه على مالٍ.

ولهذا لو صالحه على حيَوانٍ في الذِّمّة إلى أجَلٍ: جاز؛ لأن في زَعم الْمُدَّعي أنه بدَلٌ عن العَتق، فينزل مَنزِلةَ الكِتابةِ، فيَصِحُّ على حيَوانٍ في الذِّمّة، إلا أنه لا وَلاءَ للمُدَّعي؛ لإنكار الْمُدَّعى عليه، إلا أن يُقيمَ الْمُدَّعي بعدَ ذلك بيِّنةً، فتُقبَلُ بيِّنتُه على إثبات الوَلاءِ، ويَثبُتُ الوَلاءُ.

ونفسِ عبدِ الْمَأذونِ، لا عنه.

ولو قتَل عبدُ الْمَأذونِ رَجُلًا عمدًا، فصالَح العبدُ الْمَأذونُ عن عَبده: جاز، ولو قتَل العبدُ الْمَأذونُ رَجُلًا عمدًا، فصالَح عن نَفسه: لا يَجوزُ.

والفرقُ: أن العبدَ الْمَأذونَ مَأذونٌ بالتَّصرُّف في مال التِّجارةِ، والعبدُ الذي من كَسبه مالُ التِّجارةِ، فيَملِكُ التَّصرُّفَ فيه، وبالقَتل صار كالْمُستحَقِّ، فإذا صالَح فصار[3] كأنه اشتَراه، فصَحّ.

أما العبدُ الْمَأذونُ نفسُه: فليس بمال التِّجارةِ، ولهذا لا يَملِكُ التَّصرُّفَ فيه بيعًا[4]، فكذا استِخلاصًا بمال الْمَولى؛ ألا تَرى أنه لا زَكاةَ على مَولاه في رَقَبته، وإنما عليه

---

(١) في (د): مجهول النسب.

(٢) في (ج): بذلاً.

(٣) في (ج) و(هـ): صار.

(٤) في (أ): تبعًا.

صَدَقةُ[1] الفِطرِ، فصار التَّصرُّفُ في رَقَبته إلى سَيِّده لا إليه.

ومَغصوبِ ميْتٍ على أكثرَ(س م) من قِيمته، لا مُعتَقِ النِّصفِ على أكثرَ من نِصف قِيمتِه.

ومن غَصَب ثوبًا أو عبدًا قِيمتُه عشرةٌ، واستهلكه، فصالَحه منه على مِائة دِرهَمٍ: جاز عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: يَبطُلُ الفضلُ على قِيمته بما لا يَتغابَنُ النّاسُ في مِثله، ويَلزَمُه ردُّ الزِّيادةِ؛ لأن الواجِبَ بإتلاف الثَّوبِ أو العبدِ أو تَلَفِهما القِيمةُ، وهي مُقدَّرةٌ من النُّقود شرعًا، فتَصيرُ الزِّيادةُ عليها رِبًا؛ لعَدَم ما يُقابِلُها، كما لو وَجَب الدَّراهِمُ[2] بسَبَب البيعِ، ثم صالَحه زِيادةً على ما وَجَب، بخِلاف ما لو صالَحه على عَرْضٍ؛ لأن الفضلَ لا يَظهَرُ عندَ اختِلافِ الجِنسِ، فيَجوزُ.

ولا يَلزَمُ الغَبنُ اليَسيرُ؛ لأنه مما يَدخُلُ تحتَ التَّقويمِ، فلم يَظهَر الفضلُ.

وله: أن الْمَغصوبَ بعدَ الهَلاكِ باقٍ على مِلك الْمَغصوبِ منه، ما لم يَتقرَّر حقُّه في ضَمان القِيمةِ؛ بدَليل أنه لو اختَار ترْكَ التَّضمينِ بَقِي العبدُ هالِكًا على مِلكه، حتى يَكونُ الكفَنُ عليه.

ولو كان آبِقًا، فعاد من إِباقه: كان مَملوكًا له.

ولو كان نَصَب شبَكةً، فتَعقَّل[3] بها صيدٌ بعدَ موتِه: يَكونُ للمَغصوب منه، وإنما يُملَكُ الكسبُ بمِلك الأصلِ، وحقُّه في الْمِثل صُورةً ومَعنًى؛ إذ الواجِبُ ضَمانُ العُدوانِ، وهو مُقيَّدٌ بالْمِثل، كما نَطَق به النَّصُّ[4]، وإيجابُ الحيَوانِ والثَّوبِ في الذِّمَّة

---

(١) في (هـ): زكاة.

(٢) في (هـ): وجبت بسبب.

(٣) في (د): فتعلق.

(٤) أي في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

مُمكِنٌ، كما في النِّكاح والدِّيَةِ، وإنما يَنتقِلُ الحقُّ منه أو من الْمِثل صُورةً ومَعنًى إلى القِيمة بقَضاء القاضِي، فقبْلَه إذا تَراضَيا على الأكثَر كان بدَلُ الصُّلحِ عِوَضًا عن مِلكه، أو عن الْمِثل صُورةً ومَعنًى، لا عن القِيمة، فلا يَتحقَّقُ الرِّبا، كما لو كان العبدُ أو الثَّوبُ قائِمًا.

بخِلاف ما لو قَضى القاضِي بالقِيمة، ثم صالَحه على أكثَرَ من القِيمة؛ لأن الحقَّ قد انتَقَل بالقَضاء إلى القِيمة.

وبخِلاف ما إذا كان العبدُ بينَ رَجُلَين، فأعتَقه أحَدُهما وهو مُوسِرٌ، فصالَحه الآخَرُ مع الْمُعتِقِ على أكثَرَ من قِيمة نَصيبِه: فالفضلُ باطِلٌ اتِّفاقًا؛ لأن القِيمةَ في العَتق مَنصوصٌ عليه، قال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «من أعتَق شِقصًا من عبدٍ مُشترَكٍ بينَه وبينَ شَريكِه قُوِّم عليه نَصيبُ شَريكِه»[1]، وتَقديرُ الشَّرعِ لا يَكونُ دونَ تَقديرِ القاضِي، فلا يَجوزُ الزِّيادةُ عليه، بخِلاف ما مَرّ؛ لأنها غيرُ مَنصوصٍ عليها، فلم تَقُم[2] فيها دَلالةُ التَّقديرِ.

فإن قِيل: لو صالَحه على طَعامٍ مَوصوفٍ في الذِّمّة إلى أجَلٍ: لا يَجوزُ، ولو كان ما يَقَعُ عليه الصُّلحُ بدَلًا عن العَبد لجاز؛ لأن الطَّعامَ الْمَوصوفَ بمُقابَلة العبدِ يَكونُ ثَمَنًا،

---

(١) روى البخاري (٢٤٩١) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أعتق شقصًا له من عبد، أو شِركًا، -أو قال: نصيبًا-، وكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل: فهو عتيق، وإلا فقد عتق منه ما عتق»، قال: لا أدري قوله: (عتق منه ما عتق) قول من نافع أو في الحديث عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وروى مسلم (١٥٠١) عن ابن عمر قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أعتق شركًا له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق».

(٢) في (ب): تكن.

وبمُقابَلة القِيمةِ يكونُ مَبيعًا.

قُلنا: إنما لا يَجوزُ: لأن العبدَ المُستهلَكَ لا يُوقَفُ على أثره، وما لا يُوقَفُ على أثَره يَكونُ في حُكم الدَّينِ، والدَّينُ بالدَّين حَرامٌ، فلهذا لم يَجُز الصُّلحُ على طَعامٍ مُؤجَّلٍ، لا لأن الطَّعامَ بدَلٌ عن القِيمة، ولهذا لو صالَحه على طَعامٍ مَوصوفٍ في الذِّمّة حالًّا، وقَبَضه في المَجلِس: جاز، ولو كان بدَلًا عن القِيمة لَمَا جاز؛ لأنه بيعُ ما ليس عندَ الإنسانِ.

باب[1] التبرع بالصلح والتوكيل به

وعن غَيره بأمره، ولَزِم البَدَلُ الْمُوكِّلَ.

ومن وَكَّل رَجُلًا بالصُّلح عنه، فصالَح: صَحّ، ولَزِم البدَلُ الْمُوكِّلَ، ولا يَلزَمُ الوَكيلَ.

وهذا إذا كان الصُّلحُ عن دَم العمدِ، أو على بَعض ما يَدَّعيه من الدَّين؛ لأنه إسقاطٌ محضٌ، فكان الوَكيلُ فيه سَفيرًا، فلا ضَمانَ عليه، كالوَكيل بالنِّكاح، إلا أن يَضمَنَ الوَكيلُ بدَلَ الصُّلحِ؛ لأنه حينَئذٍ يَكونُ مُؤاخَذًا بالضَّمان لا بالصُّلح.

أما إذا وَكَّله بالصُّلح عن مالٍ بمالٍ: فهو بمَنزِلة البيعِ، فيَكونُ الْمُطالَبُ[2] بالمال الوَكيلَ دونَ الْمُوكِّلِ؛ لأن الحُقوقَ فيه تَرجِعُ إلى الوَكيل.

وبلا أمره إن ضَمِن، أو أَضاف إلى ماله، أو أطلَق، ونَقَد منه، وإلا توَقَّف.

وإن صالَح عنه رَجُلٌ بغَير أمرِه فهو على وُجوهٍ:

إن صالَح بمالٍ وضَمِنه: تَمَّ الصُّلحُ؛ لأن الحاصِلَ للمُدَّعى عليه البَراءةُ، والسّاقطُ يَتلاشى ويَضمحِلُّ، فاستَوى الفُضوليُّ والْمُدَّعى عليه فيه، وصَلَح أن يَكونَ أصيلًا[3] في الضَّمان إذا أَضاف الضَّمانَ إلى نَفسه، كالزَّوج إذا خالَع امرَأتَه مع رَجُلٍ أجنَبيٍّ، وضَمِن

---

(١) في (ب): فصل.

(٢) في (ب): الطالب.

(٣) في (ب) و(د): أصلاً.

ذلك الأجنبيُّ: فإن بدَلَ الخُلعِ يكونُ عليه، وكان أصيلًا[1] في الضَّمان، ويَصيرُ مُتبرِّعًا على الْمُدَّعى عليه بإِسقاط الخُصومةِ عنه، كما لو تبرَّع بقَضاء الدَّينِ عنه، بخِلاف ما لو كان بأَمره.

ولا يَكونُ لهذا الْمُصالِحِ شيءٌ من الْمُدَّعى، وإنما هو للذي في يَده الْمُدَّعى؛ لأن تَصحيحَ الصُّلحِ بطَريق الإسقاطِ، والْمُسقِطُ يَكونُ مُتلاشِيًا، فلا يَثبُتُ له شيءٌ.

ولا فرقَ بينَ أن يَكونَ الْمُدَّعى عليه مُقِرًّا أو مُنكِرًا؛ لأنه يَصيرُ مُتبرِّعًا عليه بهذا العقدِ، فصار كما لو تبرَّع بقَضاء الدَّينِ.

بخِلاف ما لو كان الْمُدَّعى عَينًا، والْمُدَّعى عليه مُقِرٌّ؛ فإنه يَصيرُ مُشترِيًا لنَفسه إن كان بغَير أمرِه؛ لأن العَينَ[2] يَصِحُّ شِراؤُه من المالِك وإن كان في يَد غيرِه، فأما شِراءُ الدَّينِ من صاحِبه: لا يَجوزُ؛ لأنه يَصيرُ تَمليكَ الدَّينِ من غَير من عليه الدَّينُ.

وكذا إن أَضاف الصُّلحَ إلى ماله، بأن قال: (صالَحتُك على ألفِي هذا) أو (عَبدي هذا): فالعقدُ واقِعٌ مع الفُضوليِّ، وتَمّ، ولَزِمه تَسليمُ المالِ إليه؛ لأنه إذا أَضاف بدَلَ الصُّلحِ إلى مال نفسِه فقد التَزَم التَّسليمَ من ماله، فتَمَّ العقدُ بقَبوله.

وكذا إن أطلَق بأن قال: (عليَّ ألفٌ)، ونَقَد؛ لأن التَّسليمَ إلى الْمُدَّعي يَقتَضي سَلامةَ العِوَضِ للمُدَّعي، فإذا سَلِم له العِوَضُ -وهو مَقصودُه من هذا العقدِ- صَحَّ العقدُ.

ولو قال: (صالَحتُك على ألفٍ) فالصُّلحُ مَوقوفٌ، فإن أَجازه الْمُدَّعى عليه صَحّ، ولَزِمه الألفُ، وإن رَدّه بَطَل؛ لأن الأصلَ في العَقد الْمُدَّعى عليه؛ لأن النَّفعَ -وهو دفعُ

(١) في (أ) و(د): أصلاً.

(٢) في (ب): الغير.

الخُصومةِ- يَحصُلُ له.

وإنما يَصيرُ الفُضوليُّ أصيلًا في هذا العقدِ إذا أَضاف الضَّمانَ إلى نَفسه، فإذا لم يُضِف بَقِي عاقِدًا من جِهة الْمَطلوبِ، فيَتوقَّفُ على إِجازته.

وقِيل: يَنفُذُ على الْمُصالِح، كما لو قال: (صالِحني)، ولو قال: (صالَحتُك على هذا الألفِ) أو (على هذا العبدِ)، ولم يَنسُبه إلى نَفسه: تَمَّ بقَبوله؛ لأنه إذا عَيَّنه للتَّسليم فقد شَرَط له سَلامةَ العِوَضِ، فصار العقدُ[1] تامًّا بقَبوله.

ولو استُحِقَّ هذا العبدُ، أو وَجَد به عَيبًا فرَدَّه، أو وَجَده حُرًّا، أو مُدبَّرًا، أو مُكاتبًا: فلا سَبيلَ له على الْمُصالِح، ولكن يَرجِعُ في دَعواه؛ لأن الْمُصالِحَ لم يَضمَن للمُدَّعي شيئًا، وإنما التَزم الإيفاءَ من محَلٍّ بعَينه، فإن سَلِم ذلك المحَلُّ له تَمَّ الصُّلحُ، وإن استُحِقَّ لم يَرجِع عليه بشيءٍ؛ لأنه لم يَلتزِم شيئًا سِوى ما عَيَّن.

ولو صالَحه على دَراهِمَ مُسمّاةٍ، وضَمِنها له، ودَفَعها إليه، فاستُحِقَّت، أو وَجَدها زُيوفًا أو سَتُّوقةً: فله أن يَرجِعَ على الذي صالَحه دونَ الْمَطلوبِ؛ لأن الْمُصالِحَ التَزم المالَ بالعَقد، وصار دَينًا في ذِمّته، حيث ضَمِنه، ولهذا لو امتَنَع عن التَّسليم يُجبرُ عليه، وبالرَّدِّ بهذه الأسبابِ انتَقَض القبضُ لا أصلُ العقدِ، فيَعودُ الحُكمُ الذي كان قبلَ القبضِ، وهو الْمُطالَبةُ بتَسليم الجِيادِ بسَبَب التِزامِه.

---

(١) في (هـ): العبد.

بَابُ الصُّلحِ في الدَّيْنِ[1]

كلُّ شيءٍ وَقَع عليه الصُّلحُ وهو مُستحَقٌّ بعَقد الْمُدايَنةِ: لم يُحمَل على الْمُعاوَضة، وإنما يُحمَلُ على أنه استَوفى بعضَ حقِّه وأسقَط باقِيَه.

وعن ألفٍ على نِصفه، أو على ألفٍ مُؤجَّلٍ، وهو إبراءٌ لبَعضه، أو تأخيرٌ.

أي إذا كان بدَلُ الصُّلحِ من جِنس ما يَستحِقُّه الْمُدَّعي على الْمُدَّعى عليه بعَقد مُدايَنةٍ جَرَت بينَهما: كان الصُّلحُ استِيفاءً لبَعض حقِّه وإسقاطًا للبَعض، لا مُعاوَضةً، حتى إذا كان له على آخرَ ألفُ دِرهَمٍ، فصالَحه على خَمسِمائةٍ، أو كان له على آخرَ ألفٌ جِيادٌ ثَمَنُ جارِيةٍ، فصالَح على خَمسِمائةٍ زُيوفٍ: فإنه يَجوزُ، وكأنه أبرَأه عن بَعض حقِّه.

وهذا لأن تَصرُّفَ العاقِلِ البالِغِ يُصحَّحُ ما أمكَن، ولا يُمكِنُ تَصحيحُه مُعاوَضةً؛ لِما فيه من الرِّبا، فجُعِل إسقاطًا للبَعض في الْمَسألة الأُولى، وللبَعض والصِّفةِ[2] في الْمَسألة الثّانيةِ؛ لأن عَينَ هذه الخَمسِمائةِ كانت مُستحَقّةً بذلك العقدِ الذي يَدَّعي الدَّينَ عليه.

ولو صالَحه على ألفٍ مُؤجَّلٍ جاز، وهو تَأخيرٌ؛ لأنه لا[3] يُمكِنُ جعلُه مُعاوَضةً؛ لأن بيعَ الدَّراهِمِ بالدَّراهِم نَسيئةً لا يَجوزُ، فلا بُدَّ من حَمله على التَّأخير.

---

(١) في (ب) و(د): وغيره.

(٢) في (ب): والصفقة.

(٣) سقطت من (هـ).

ولو كان عليه ألفُ دِرهَمٍ ومِائةُ دِينارٍ، فصالَحه على مِائة دِرهَمٍ حالّةٍ، أو إلى شهرٍ: صَحَّ الصُّلحُ، ويُعتبَرُ حطًّا للدَّنانير كلِّها وبعضِ الدَّراهِمِ، وتَأجيلًا للبَعض، لا مُعاوَضةً[1]، لأن مَعنى الإسقاطِ لازِمٌ[2] في الصُّلح، فإذا أمكَن أن يُجعَلَ حطًّا وإسقاطًا لم يُعتبَر مُعاوَضةً.

وعن أَلف[م] دِرهَمٍ وعَشَرةِ دَنانِيرَ: على مِثلها دَراهِمَ، وبعضُه نقدٌ، وبعضُه مُؤَجَّلٌ.

وإن صالَح عن أَلف دِرهَمٍ وعشَرةِ دَنانيرَ على أَلف دِرهَمٍ وعشَرةِ دَراهِمَ، على أن يَنقُدَ خمسَمائةٍ، والباقِيَ إلى أجلٍ، ثم نَقَد خمسَمِائةٍ في الْمَجلِس: صَحَّ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن الْمَقبوضَ يُجعَلُ من الصَّرف وغيرِه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأن العقدَ في الدَّنانِير صَرفٌ، فقد صار التَّأجيلُ شرطًا في الصَّرف، فأفسَده.

وبَطَل عن ألفٍ على دَنانيرَ مُؤَجَّلةٍ وألفٍ مُؤَجَّلٍ.

ولو صالَحه عن ألفٍ على دَنانيرَ مُؤجَّلةٍ إلى شهرٍ: بَطَل؛ لأن الدَّنانيرَ غيرُ مُستحَقّةٍ بعَقد الْمُدايَنةِ، فلا يُمكِنُ حملُه على تَأخير حقِّه، فيُحمَلُ على الْمُعاوَضة، وبيعُ الدَّراهِمِ بالدَّنانير[3] نَساءً لا يَصِحُّ، فلهذا بَطَل الصُّلحُ.

ولو كان له ألفٌ مُؤجَّلٌ، فصالَحه على نِصفه حالًّا: بَطَل؛ لأن الْمُعجَّلَ[4] غيرُ مُستحَقٍّ بعَقد الْمُدايَنةِ؛ إذ الْمُستحَقُّ بالعَقد هو الْمُؤجَّلُ، والْمُعجَّلُ خيرٌ منه، فقد

---

(١) في (ب): للبعض للمعاوضة.

(٢) في (ب) و(هـ): ألزم.

(٣) في (هـ): والدنانير.

(٤) في (هـ): المؤجل.

وَقَع الصُّلحُ على ما لم يكن مُستحَقًّا بعَقد الْمُدايَنةِ، فصار مُعاوَضةً، والأجلُ كان حقَّ الْمَديونِ، وقد تَركه بإزاء ما حَطَّ عنه من الدَّين، فكان اعتِياضًا عن الأجَل، وهو حَرامٌ؛ ألا تَرى أن رِبا النَّساءِ حَرُم[1] لشُبهة[2] مُبادَلةِ المالِ بالأجَل، فلَأَن تَحرُمَ حَقيقتُه أَولى.

أو سُودٍ على نِصفه[3] حالٍّ، أو بِيضٍ.

وإن صالَح عن ألفِ سُودٍ على خمسِمائةٍ بِيضٍ: بَطَل؛ لأن البِيضَ غيرُ مُستحَقّةٍ بعَقد الْمُدايَنةِ؛ لأن من له السُّودُ لا يَستحِقُّ البِيضَ، فقد صالَح على ما لا يُستحَقُّ بعَقد الْمُدايَنةِ، فكان مُعاوَضةَ الألفِ بخَمسِمائةٍ وزِيادةِ وصفِ الجَودةِ، فكان رِبًا.

بخِلاف ما لو صالَح على قَدْر الدَّينِ، وهو أجوَدُ؛ لأنه مُبادَلةُ الْمِثلِ بالْمِثل، والجَودةُ ساقِطةُ العِبرةِ في الأموال الرِّبَويّةِ بالنَّصّ[4]، إلا أنه يُشترَطُ القبضُ في الْمَجلِس؛ لأنه صرفٌ.

وشاةٍ(س) على صُوفها ليَجُزَّه الآنَ.

ولو ادَّعى شاةً، فصالَحه على صُوفها على أن يَجُزَّه الآنَ: بَطَل؛ لأنه لا يَجوزُ بيعُه، فلا يَجوزُ الصُّلحُ عليه.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجوزُ؛ لأنه صالَح على أخذ بعضِ حقِّه وتركِ بعضِ حقِّه، وهو مَعلومٌ ظاهِرٌ بخِلاف اللَّبَنِ والولَدِ؛ لأنه باطِنٌ.

ولو صالَحه على صُوفٍ على ظَهر شاةٍ أُخرى لم يَجُز؛ لأنه ليس[5] ببَعض حقِّه.

(١) في (د): حرام.

(٢) في (د) و(هـ): بشبهة.

(٣) في (س) و(ع): نصف.

(٤) أي حديث: «جيد مال الربا ورديئه سواء»، وقد تقدم تخريجه.

(٥) سقطت من (د).

وعَيبٍ(س م) على أن يَزيدَ في الْمَبيع شيئًا بأجَلٍ من غَير جِنسِ الأوَّلِ، ونَقَد.

ولو اشتَرى طَعامًا، فوَجَد به عَيبًا، فصالَحه على إن زاده طَعامًا من غَير جِنسِ الطَّعامِ الأوَّلِ إلى أجَلٍ، وكان ثَمَنُ الكلِّ غيرَ مَنقودٍ، فنَقَده في الْمَجلِس: بَطَل[1] عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، خِلافًا لهما؛ لأن بعضَ الدَّراهِمِ يَصيرُ بمُقابَلة الطَّعامِ الأوَّلِ، وبعضَها بالثّاني، وهو مُؤجَّلٌ في حُكم السَّلَمِ، وإعلامُ قَدْرِ رأسِ المالِ شرطٌ عندَه، خِلافًا لهما.

(أدِّ غدًا مِائةً على أنك بَريءٌ من الفَضل)، ففَعَل: بَرِئ، وإلا لا(س).

ومن له على آخرَ ألفُ دِرهَمٍ، فقال: (ادفَع إليَّ غدًا منها خمسَمائةٍ على أنك بَريءٌ من الفَضل)، ففَعَل: فهو بَريءٌ.

وإن لم يَدفَع إليه خمسَمائةٍ غدًا عاد الألفُ عليه عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَعودُ عليه؛ لأن الإبراءَ حَصَل مُطلَقًا، فتَثبُتُ البَراءةُ مُطلَقًا، كما لو بَدأ بالإبراء؛ وهذا لأنه لم يَذكُر للإبراء عِوَضًا سِوى النَّقدِ في الغَد، والنَّقدُ في الغَد لا يَصلُحُ عِوَضًا عن الإبراء؛ لأنه كان واجِبًا عليه للطّالِب قبلَ الصُّلحِ بحُكم الْمُدايَنةِ، وما يَكونُ واجِبًا للطّالِب قبلَ الصُّلحِ لا يَصلُحُ عِوَضًا في الصُّلح، وإذا لم يَصلُح عِوَضًا صار ذِكرُه والعدَمُ بمَنزِلةٍ[2]، فكان الإبراءُ حاصِلًا مُطلَقًا، فلا يَعودُ بعَدَم[3] النَّقدِ.

ولهما: أن الإبراءَ تَقيَّد بشرطٍ مَرغوبٍ، فيَتعلَّقُ بسَلامته، ويَفوتُ بفَواته، كما لو أبرَأه بشَرط أن يُعطِيَه بالباقِي رهنًا أو كَفيلًا، فلم يُعطِه، فإن المالَ عليه، كذا هنا؛ وهذا

---

(١) في (ب): بطل حقه.

(٢) في (هـ): (سواء) بدل (بمنزلة).

(٣) في (د): لعدم.

لأنه بَدأ بتَعجيل خمسِمائةٍ وأدائِها غدًا، ولعل له رَغبةً في ذلك خوفًا من إفلاسه؛ لأن[1] الإنسانَ قد يَحتاجُ إلى الأموال في بَعض الأوقاتِ لتِجارةٍ رابِحةٍ[2] أو غيرِها، فيَحُطُّ بعضَ الدَّينِ ليَتسارَعَ الْمَديونُ إلى إيفاء الباقِي.

وقولُه: (على أنك بَريءٌ) خَرَج مَخرَجَ الأعواضِ، ولكنه لا يَصلُحُ عِوَضًا، فيُحمَلُ على الشَّرط عندَ تَعذُّرِ الحملِ على الْمُعاوَضة؛ لأن (على) تَجيءُ للشَّرط، قال اللهُ تَعالى: ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾ [المُمتحنة: ١٢]، فلم يَصِر الإبراءُ مُطلَقًا بالشَّكّ، وهذا هو الْمُتعارَفُ بينَ النّاسِ؛ تَفادِيًا عن الْمُماطَلة.

والإبراءُ يَتقيَّدُ بالشَّرط وإن لم يَتعلَّق به، كالحَوالة، فإنها مُقيَّدةٌ بشَرط السَّلامةِ، حتى لو مات الْمُحتالُ عليه مُفلِسًا يَعودُ الدَّينُ إلى ذِمّة الْمُحيلِ.

والجَوابُ عن البِداية بالإبراء يَأتي في الوَجه الثّالثِ.

وهذه الْمَسألةُ على وُجوهٍ:

أحَدُها: ما بَيَّنّا.

والثّاني: أن يَقولَ: (صالَحتُك من الألف على خمسِمائةٍ تَدفَعُها إليَّ غدًا، وأنت بَريءٌ من الفَضل، على أنك إن لم تَدفَعها غدًا فالألفُ عليك على حاله)، فإن نَقَد خمسَمائةٍ غدًا بَقِي الإبراءُ ماضِيًا، وإن لم يَنقُد بَطَل الإبراءُ بالإجماع؛ لأنه أتى بصَريح التَّقييدِ، فإذا لم يُوجَد بَطَل.

والثّالثُ: أن يَقولَ: (أبرَأتُك من خَمسِمائةٍ من الألف على أن تُعطِيَني خمسَمائةٍ غدًا)، وهنا الإبراءُ واقِعٌ أعطى خمسَمائةٍ غدًا أو لم يُعطِ؛ لأنه أطلَقَ الإبراءَ، وأداءُ

(١) في (ب) و(ج): أو لأن.

(٢) في (هـ): رالجة.

خمسِمائةٍ غدًا لا يَصلُحُ عِوَضًا، ولكنه يَصلُحُ شرطًا، فوَقَع الشَّكُّ في تَقييده بالشَّرط، فلا يَتقَيَّدُ.

بخِلاف ما إذا بَدأ بالأَداء؛ لأن الإبراءَ حَصَل مَقرونًا بالأَداء، فمن حيث إنه لا يَصلُحُ عِوَضًا يَقَعُ مُطلَقًا، ومن حيث إنه يَصلُحُ[١] شرطًا لا يَقَعُ مُطلَقًا، فلا يَثبُتُ الإطلاقُ بالشَّك.

والرَّابعُ: أن يَقولَ: (أَدِّ إليَّ خمسَمائةٍ على أنك بَريءٌ من الفَضل)، ولم يُوقِّت للأَداء وقتًا.

وجَوابُه: أنه يَصِحُّ الإبراءُ، ولا يَعودُ الدَّينُ؛ لأن الإبراءَ حَصَل مُطلَقًا؛ لأنه لَمّا لم يُوقِّت للأَداء وقتًا لم يكن الأداءُ[٢] غرَضًا[٣] له؛ لوُجوبه في مُطلَق الأزمانِ، فلم يَتقَيَّد به، ولا يَحصُلُ[٤] عِوَضًا حتى يُحمَلَ على الْمُعاوَضة، بخِلاف ما مَرّ؛ لأن له غرَضًا صَحيحًا في الأَداء في الغَد.

والخامِسُ: أن يَقولَ: (إن أَدَّيتَ إليَّ خمسَمِائةٍ)، أو قال: (إذا أَدَّيتَ) أو (متى أدَّيتَ)، والجَوابُ: أنه لا يَصِحُّ[٥] الإبراءُ؛ لتَعلُّقه بالشَّرط صَريحًا، وتَعليقُ البَراءةِ بالشَّرط باطِلٌ، كقَوله: (إن دَخلتَ الدّارَ فقد أبرَأتُك)؛ لأن البَراءةَ إسقاطٌ -حتى[٦] لا

---

(١) في (هـ): لا يصلح.

(٢) في (هـ): الإبراء.

(٣) في (أ) و(د): عرضًا، وفي (ب) و(هـ): عوضًا. وانظر «الهداية» ٣/ ١٩٦.

(٤) في (ج) و(هـ): ولا يصلح.

(٥) في (ب): أنه يصح.

(٦) في (ب): حتى.

تَتوقَّفُ على القَبول- فيه[1] مَعنى التَّمليكِ، حتى يَرتدُّ بالرَّدِّ، والتَّمليكاتُ لا تَحتمِلُ التَّعليقَ بالشَّرط، والإسقاطُ يَحتمِلُ ذلك، فلمَعنى التَّمليكِ فيها قُلنا: إذا صَرَّح بالتَّعليق بالشَّرط لم يَصِحَّ، ولِمَعنى الإسقاطِ: إذا لم يُصرِّح بالشَّرط يُتقيَّدُ به.

(لا[2] أُقِرُّ لك حتى تُؤخِّرَ أو تَحُطَّ عنِّي)، ففَعَل: صحّ.

ومن قال لآخرَ: (لا أُقِرُّ لك بمالك حتى تُؤخِّرَه عني) أو (تَحُطَّ عني)، ففَعَل: جاز التَّأخيرُ أو الحطُّ؛ لأنه تَصرُّفٌ صَدَر من المالِك لا عن إكراهٍ؛ لأنه بهذا لا يَصيرُ مُكرَهًا؛ لأنه يُمكِنُه دفعُ هذا بإقامة البَيِّنةِ أو الاستِحلافِ ليَنكُلَ؛ ألا تَرى أن الصُّلحَ على[3] الإنكار يَجوزُ، ولا يَتحقَّقُ فيه مَعنى الإكراهِ؛ لِما قُلنا، وهذا إذا قاله سِرًّا، حتى لو قاله عَلانِيَةً يُؤخَذُ به.

---

(١) في (ج): وفيها، وفي (هـ): وفيه.

(٢) سقطت من (ع) و(ف).

(٣) في (د): عن.

فصل في الدين المشترك

دَينٌ لهما، صالَح أحَدُهما عن حظِّه على ثَوبٍ: اتَّبعه شَريكُه بنِصفه، إلا أن يُضمِّنَه رُبُعَ الدَّينِ، أو غَريمَه بحظِّه، ولو قَبَض حظَّه شَرِكه فيه، ورَجَعا بباقِيه.

وإذا كان الدَّينُ بينَ شَريكَين، فصالَح أحَدُهما من نَصيبه على ثَوبٍ: فشَريكُه بالخِيار، إن شاء أخَذ منه نِصفَ الثَّوبِ، إلا أن يَضمَنَ له شَريكُه رُبُعَ الدَّينِ، وإن شاء اتَّبع غَريمَه بنِصف الدَّينِ.

وأصلُه: أن الدَّينَ الْمُشترَكَ إذا قَبَض أحَدُهما شيئًا منه فلصاحِبه أن يُشارِكَه في عَين الْمَقبوضِ؛ لأنه ازداد بالقَبض؛ إذ العَينُ خيرٌ من الدَّين؛ لأن الدَّينَ ليس بمالٍ في الأَصل، وإنما يَصيرُ مالًا باعتِبار المآلِ، وهو القبضُ، وهذه الزِّيادةُ مُستنِدةٌ إلى أَصل الحقِّ، وأصلُ الحقِّ كان مُشترَكًا، فكذا الزِّيادةُ بمَنزِلة الولَدِ والثَّمرةِ، فكان له أن يُشارِكَه في الْمَقبوض.

ولكنه قبلَ الْمُشارَكةِ باقٍ على مِلك القابِضِ؛ لأن حقَّ الشَّريكِ في الدَّين، والْمَقبوضُ عَينٌ، والعَينُ غيرُ الدَّينِ، وقد قَبَضه بدَلًا عن حقِّه، فيَملِكُ، حتى يَنفُذُ تَصرُّفُه فيه هِبةً وقَضاءَ دَينِ غَريمِه، ويَضمَنُ لشَريكه حِصّتَه؛ لأن حقَّ الْمُشارَكةِ كان ثابِتًا.

والدَّينُ الْمُشترَكُ: أن يَكونَ واجِبًا بسبَبٍ واحِدٍ، كثَمَن مَبيعٍ إذا كان صَفقةً واحِدةً، وثَمَنِ المالِ الْمُشترَكِ والْمَوروثِ بينَهما، وقِيمةِ الْمُستهلَكِ الْمُشترَكِ.

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ: له أن يَتَّبعَ الغَريمَ بنَصيبه؛ لأنه كان عليه ولم يَستوفِه، فيَبقى في

ذِمّته؛ إذ القابِضُ قَبَض نَصيبَه، إلا أن له حقَّ الْمُشارَكةِ، فله أن لا يُشارِكَه.

وإن شاء أخَذ نِصفَ الثَّوبِ؛ لأن الصُّلحَ وَقَع على نِصف الدَّينِ، وهو مُشاعٌ؛ لأن قِسمةَ الدَّينِ حال كونِه في الذِّمّة لا تَصِحُّ، وحقُّ الشَّريكِ مُتعلِّقٌ بكلِّ جُزءٍ من الدَّين، فيَتوقَّفُ على إِجازته، وأخذُه النِّصفَ دَلالةٌ على إِجازة العقدِ، فصَحَّ ذلك، إلا أن يَضمَنَ له شَريكُه رُبُعَ الدَّينِ؛ لأن حقَّه في رُبُع الدَّينِ.

ولو استَوفى نَصيبَه أو نِصفَ نَصيبِه من الدَّين: لشَريكه أن يَشرَكَه فيما قَبَض؛ لِما بَيَّنّا، ثم يَرجِعان على الغَريم بالباقِي؛ لأن الْمَقبوضَ إذا صار مُشترَكًا بينَهما فلا بُدَّ أن يَكونَ الباقِي على الشِّرْكة كما كان.

ولو اشتَرى أحَدُهما بنَصيبه من الدَّين[1] ثَوبًا فللشَّريك أن يُضمِّنَه رُبُعَ الدَّينِ؛ لأنه صار قابِضًا حقَّه بالْمُقاصّة كَمَلًا، فصار كقَبضه نِصفَ الدَّينِ، فيَكونُ لشَريكه أن يَرجِعَ عليه بالرُّبُع.

وهذا بخِلاف الصُّلحِ؛ لأن مَبناه على الحطِّ والإغماضِ، ولهذا لم يَملِك بيعَه مُرابَحةً، فكأن الْمُصالِحَ بالصُّلح أبرَأه عن بَعض نَصيبِه وقَبَض البعضَ[2]، فمتى ألْزَمناه دَفْعَ رُبُعِ الدَّينِ يَتضرَّرُ به الْمُصالِحُ؛ لأنه لم يَستوفِ نِصفَ الدَّينِ كَمَلًا، فلذا خَيَّرناه.

بخِلاف[3] الشِّراءِ؛ لأن مَبناه على الْمُماكَسة والْمُضايَقةِ، فصار به مُستوفِيًا نِصفَ الدَّينِ كَمَلًا بالْمُقاصّة بينَ ثَمَنِه وبينَ الدَّينِ، فلو ألْزَمناه دَفْعَ رُبُعِ الدَّينِ لا يَتضرَّرُ به.

ولا سَبيلَ للشَّريك على الثَّوب في الشِّراء؛ لأنه مَلَك الثَّوبَ بالشِّراء، والدَّينُ إنما

---

(١) في (د): الديون.

(٢) في (ب): الثمن.

(٣) في (ب): وبخلاف.

صار مَقبوضًا بالْمُقاصّة من حيث إن ثَمَنَ الْمُشترَى وَجَب عليه، فصار قِصاصًا بالدَّين.

وللشَّريك أن يَتَّبعَ الغَريمَ في جَميع ما ذَكَرنا؛ لأن[1] القابِضَ قَبَض حقَّه، إلا أن له حقَّ الْمُشارَكةِ، فله أن لا يُشارِكَه[2]، فلو سَلِم له ما قَبَض، ثم تَوِي الدَّينُ الذي على الغَريم: له أن يَرجِعَ على الشَّريك ويُشارِكَه؛ لأنه ما رَضِي بسَلامة الْمَقبوضِ له إلا بسَلامة حقِّه من الغَريم، فإذا لم يَسلَم عاد حقُّه في الْمَقبوض.

ولو كان للمَطلوب[3] على أحَد الطّالِبَين دَينٌ بسبَبٍ قبلَ أن يَجِبَ لهما عليه، وصار قِصاصًا: فلا ضَمانَ على الذي سَقَط عنه الدَّينُ لشَريكه؛ لأنه قَضى دَينًا كان عليه ولم يُقبَض؛ لأن الأصلَ في الدَّينَين إذا التَقيا قِصاصًا أن يَصيرَ الأوَّلُ مَقضيًّا بالثّانِي، والْمُشارَكةُ إنما تَثبُتُ في الاقتِضاء[4].

ولو أبرَأه عن نَصيبه لم يَضمَن لشَريكه شيئًا؛ لأن الإبراءَ إتلافٌ وليس بقبضٍ، فلم يَزدَد نَصيبُ الشَّريكِ بالبَراءة، فلا يَرجِعُ عليه.

ولو أبرَأه عن البَعض[5] كانت قِسمةُ الباقِي على ما بَقِي من السِّهام؛ لأن الحقَّ عاد إلى هذا القَدْرِ.

والشِّراءُ به قبضٌ، لا الإحراقُ[م].

ولو غَصَب أحَدُهما عَينًا منه، أو اشتَراه شِراءً فاسِدًا، وهَلَك في يَده: فهو قبضٌ؛ لأن الضَّمانَ يَجِبُ عندَ الهَلاكِ مُستنِدًا إلى سَبَبه، فيَثبُتُ الْمِلكُ له، فله أن يُضمِّنَه.

(١) في (هـ): إلا أن.

(٢) في (ب) و(د): أن يشاركه.

(٣) في (ب): ولو كان الدين.

(٤) في (ب): تثبت بالاقتضاء.

(٥) في (ب): القبض.

واستئجارُ أحدِ الشَّريكَين بنَصيبه قبضٌ، حتى يَرجِعُ عليه شَريكُه عندَهم؛ لحُصول القبضِ بالْمُقاصّة.

والإحراقُ ليس بقبضٍ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، حتى لو أحرَق أحَدُهما مَتاعَ الْمَطلوبِ فليس للشَّريك أن يَرجِعَ عليه بنِصفه عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لم يَصِل إليه بهذا الفِعلِ مالٌ، فلا يَرجِعُ عليه شَريكُه بشيءٍ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَرجِعُ عليه؛ لوُقوع القبضِ بطَريق الْمُقاصّةِ.

وتَزوُّجُ أحَدِهما على حِصّته من الدَّين إذا كان الدَّينُ لهما على امرَأةٍ: إتلافٌ في ظاهِرِ الرِّوايةِ، حتى لا يَرجِعُ عليه صاحِبُه بشيءٍ؛ لأنه لم يَسلَم له شيءٌ يُمكِنُه الْمُشارَكةُ فيه؛ إذ البُضعُ لا يَحتمِلُ الشِّرْكةَ، فصار كما لو أبرَأ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَرجِعُ بنِصف حقِّه؛ لوُقوع القبضِ بطَريق الْمُقاصّةِ، وكذا الصُّلحُ عن جِناية العمدِ[1] إتلافٌ؛ لأنه لم يَملِك شيئًا بمُقابَلته قابِلًا للشِّرْكة، وإنما صار مُتلِفًا لنَصيبه، فلا يَكونُ للآخَر أن يَرجِعَ عليه بشيءٍ.

وبَطَل تَأخيرُ أحَدِهما(س م).

وبَطَل تَأخيرُ أحَدِهما نَصيبَه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وصَحَّ عندَهما؛ لأنه إبراءٌ مُقيَّدٌ، فيُعتبَرُ بالإبراء الْمُطلَقِ.

وله: أنه يُؤدِّي إلى قِسمة الدَّينِ قبلَ القبضِ؛ لأنه يَتميَّزُ نَصيبُ أحَدِهما من الآخَر، فيَتعجَّلُ أحَدُهما، ويَتأجَّلُ[2] الآخَرُ، وقِسمةُ الدَّينِ قبلَ القبضِ لا تَجوزُ؛ لأن في القِسمة مَعنى التَّمليك؛ لأن ما يَأخُذُ أحَدُهما بعضُه كان له وبعضُه كان لشَريكه، فهو يَأخُذه

(١) في (ب): العبد.

(٢) في (ب): فبتعجيل احدهما يتاجل، وفي (د): أو يتاجل.

عِوَضًا عما بَقِي من حقِّه في نَصيب صاحِبِه، وتَمليكُ الدَّينِ لغَير من عليه الدَّينُ لا يَصِحُّ.

وهذا بخِلاف إبراءِ نَصيبِه؛ لأنه لا يَبقى نَصيبُه بعدَ الإبراءِ، وإنما تَتحقَّقُ القِسمةُ مع بَقاءِ نَصيبِ كلِّ واحِدٍ منهما.

كصُلح أحَدِ رَبَّي(س) سَلَمٍ بأَخذ ما دَفَع وزِيادةِ(س م) في السَّلَم، ورَدَّ حظَّه.

رَجُلان أسلَما إلى رَجُلٍ في طَعامٍ، ثم صالَح أحَدُهما من نَصيبه على رَأس المالِ: لم يَجُز عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: يَجوزُ.

والحاصِلُ: أنه يَتوقَّفُ الصُّلحُ عندَهما على إِجازة صاحِبِه، فإن أَجازه نَفَذ عليهما كأنهما[1] صالَحاه، وكان ما قَبَض بينَهما، وما بَقِي من السَّلَم بينهما، وإن رَدَّه يَبطُلُ أصلًا، فبَقِي الطَّعامُ كلُّه بينَهما.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: الصُّلحُ جائزٌ على الْمُصالِح، أَجاز صاحِبُه أو لم يُجِز، وصاحِبُه بالخِيار، إن شاء شارَكه فيما قَبَض، ثم يَبيعان الْمَطلوبَ، فيَأْخُذان منه ما بَقِي، وإن شاء اتَّبَع الْمَطلوبَ بحقِّه.

له: أنه دَينٌ، فيَجوزُ صُلحُه عنه، كما إذا صالَح أحدُ ربَّي الدَّينِ مع الْمَديونِ عن نَصيبه على بدَلٍ، فإنه يَجوزُ، ويُخيَّرُ الآخرُ بينَ أن يُشارِكَه في الْمَقبوض وبينَ أن يَتَّبعَ الْمَطلوبَ، كذا هنا؛ وهذا لأنه عاقِدٌ، فيَملِكُ الفسخَ[2] في نَصيبه، كما لو اشتَريا عبدًا، فأَقال أحَدُهما في نَصيبه، فإنه يَجوزُ بدُون رِضا الآخرِ.

ولهما: أنه لو جاز في نَصيبه فقط تَصيرُ قِسمةُ الدَّينِ قبلَ القبضِ، ولو جاز في نَصيبهما يَفتقِرُ إلى إِجازة الآخرِ؛ لأنه فَسخ على شَريكه عقدَه، فيَفتقِرُ إلى رِضاه.

(١) في (ب): لأنهما.

(٢) في (ج) و(هـ): الصلح.

بخِلاف الإقالةِ في بَيع العَينِ؛ لأن ذلك تَصرُّفٌ في الحُكم في حالة البَقاءِ، فلم يكن مُتعدِّيًا إلى إِبطال العقدِ؛ إذ الحُكمُ في حالة البَقاءِ يَستَغني عن العَقد، وهنا التَّصرُّفُ في إِبطاله واقِعُ العقدِ، وهو مُنعقِدٌ بهما، فلا يَجوزُ أن يَنفرِدَ أحَدُهما بالإبطال باعتِبار تَصرُّفِه في حُكمه في حال ثُبوتِه؛ إذ حالةُ الدَّينِ[1] كحالة الوُجودِ إلى أن يُقبَض، والحُكمُ يَفتقِرُ إلى العِلّة ثُبوتًا.

ولأنه لو جاز الصُّلحُ من أحَدهما يُؤدِّي إلى أن يَسقُطَ حقُّ ربِّ السَّلَمِ عن الْمُسلَم فيه، ويَتقرَّرَ في رَأس المالِ، ثم يَعودَ في الْمُسلَم فيه، وذا لا يَجوزُ، كما لو تَقايَلا السَّلَمَ، ثم أَرادا[2] فسخَ الإقالةِ، فإنه لم يَجُز، بخِلاف بيعِ العَينِ.

وهذا لأن الآخرَ إذا اختَار الْمُشارَكةَ في الْمَقبوض مع الْمُصالِحِ كان ما بَقِي من طَعام السَّلَمِ مُشترَكًا بينَهما، وقد سَقَط بالصُّلح حقُّ الْمُصالِحِ عن الْمُسلَم فيه، وتَقرَّر في رَأس المالِ، فلا يَجوزُ أن يَعودَ حقُّه بعدَ ذلك في الْمُسلَم فيه؛ لأنه لو عاد لعاد بعدَ بُطلانِ الإقالةِ، والإقالةُ في باب السَّلَمِ لا تَحتمِلُ الإبطالَ.

قالُوا: هذا الخِلافُ فيما إذا خَلَطا رأسَ المالِ، فإن لم يَخلِطاه فعلى النُّكتة الأُولى: هو على الخِلاف أيضًا، وعلى النُّكتة الثّانيةِ: هو على الاتِّفاق، أي جَوابُهما هنا كجَواب أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن ذلك إنما يَتحقَّقُ باعتِبار مُشارَكةِ السّاكتِ مع الْمُصالِحِ في الْمَقبوض، وليس له حقُّ الْمُشارَكةِ هنا إذا لم يكن بينَهما شِرْكةٌ فيما نَقَدا من رَأس المالِ.

والصَّحيحُ: أن الخِلافَ في الفَصلَين ثابتٌ، إلا أن عدَمَ جَوازِ الصُّلحِ ثَمَّ بعِلّتَين، وهنا بعِلّةٍ واحِدةٍ.

(١) في (ج): بقاء الدين.

(٢) في (د) و(هـ): أراد.

وزيادةٍ[1] في السَّلَم، ورَدِّ حظِّه، أي إذا أسلَم في كُرِّ بُرٍّ، ثم اصطلَحا على أن يَزيدَه الْمُسلَمُ إليه نِصفَ كُرِّ بُرٍّ إلى ذلك الأجَلِ: لم تَصِحَّ الزِّيادةُ إجماعًا؛ لأنها لو جازت لبَطَلت من حيث تَجوزُ؛ إذ لو جازت لخَرَج بعضُ رأسِ المالِ من ذلك السَّلَمِ حتى يُجعَلَ بإزاء هذه الزِّيادةِ، وإذا خَرَج صار دَينًا على الْمُسلَم إليه، فيَصيرُ كأنه أسلَم بدَينٍ كان عليه، وذا لا يَجوزُ، وإذا لم يَجُز هذا فعلى الْمُسلَم إليه أن يَرُدَّ ثُلُثَ رأسِ المالِ إلى ربِّ السَّلَمِ، وعليه كُرٌّ تامٌّ، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: لا يَرُدُّ شيئًا من رَأس المالِ، وعليه كُرُّ بُرٍّ؛ لأن إخراجَ بعضِ رأسِ المالِ كان حُكمًا للزِّيادة، فلما لم تَصِحَّ الزِّيادةُ لم يَصِحَّ إخراجُ شيءٍ منه، فبَقِي على حاله.

وله[2]: أنهما قَصَدا شيئَين: إخراجَ بعضِ رأسِ المالِ من السَّلَم، وإدخالَه في هذه الزِّيادةِ، والإدخالُ لم يَصِحَّ، ولكن الإخراجُ قد صَحّ، فيَرُدُّ ذلك.

وقولُه(م): (أنت الحَكَمُ أوَّلَ الشَّهرِ)، و(حينَ تُسلِمُ).

ولو قال رَجُلان لآخرَ: (أنت الحَكَمُ[3] بينَنا أوَّلَ الشَّهرِ)، أو قال مُسلِمان لذِمِّيٍّ: (إذا أسلَمتَ فأنت الحَكَمُ[4] بينَنا): لم يَصِحَّ، حتى لو أسلَم أو جاء أوَّلَ الشَّهرِ: لم يَجُز حُكمُه عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن التَّحكيمَ من باب الْمُصالَحةِ، وتَعليقُ الصُّلحِ بالأخطار لا يَصِحُّ، كما لو قال: (إذا جاء غدٌ فقد صالَحتُك على كذا).

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصيرُ حَكَمًا عندَ وُجودِ الشَّرطِ؛ لأنه تَفويضٌ[5]، فصار

---

(١) أي وبخلاف زيادة في السلم...

(٢) في (ب): ولهما.

(٣) في (ب): الحاكم.

(٤) في (ب): الحاكم.

(٥) في (ب): لأنه لا تفويض.

كالتَّوكيل[1]، فتَصِحُّ إضافتُه وتَعليقُه.

وصُلحُ الْمُودَعِ[2] بعدَ قَولِه: (ضاعَت)، أو (رَدَدتُ).

وبَطَل صُلحُ الْمُودَعِ بعدَ قولِه: (ضَاعت الوَديعةُ) أو (رَدَدتُها إليك).

وكذا لو قال الأجيرُ الخاصُّ: (هَلَك ما كان في يَدي أمانةً) أو (رَدَدتُه إليك)؛ لأنه أمينٌ، فيَثبُتُ بخَبَره ما أخبَر به؛ لأن الأمينَ مُصدَّقٌ فيما يَقولُه، فصار ثُبوتُه بقَوله كثُبُوته بالبَيِّنة، ولو ثَبَت ذلك بالبَيِّنة لم يَصِحَّ صُلحُه بعدَه، فكذا إذا ثَبَت بخَبَره.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ؛ لأن الصُّلحَ لقَطع الخُصومةِ، والخُصومةُ هنا ثابِتةٌ، وله حقُّ الْمُرافَعةِ إلى الحُكّام.

---

(١) في (ج) زيادة: لأن قولهما أنت الحكم كقوله فوضنا أمر هذه الدعوى إليك.

فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ

أخرَجت[١] الوَرَثةُ أحَدَهم عن عَرْضٍ وعَقارٍ بمالٍ، أو عن ذَهَبٍ بفِضّةٍ، أو بعَكسه: صحّ، قَلَّ أو كَثُر.

وإذا كانت التَّرِكةُ بينَ وَرَثةٍ، فأخرَجوا أحَدَهم منها بمالٍ أعطَوه إيّاه، والتَّرِكةُ عَقارٌ أو عُروضٌ: صَحّ، قَليلًا كان ما أعطَوه إيّاه أو كَثيرًا؛ لأنه أمكَن تَصحيحُه بيعًا.

ورُوِي أن عُثمانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صالَح تُماضِرَ امرَأةَ عبدِ الرَّحمنِ بنِ عوفٍ على ثَلاثةٍ وثَمانين ألفَ دِينارٍ، وكان له أربَعُ نِسوةٍ وأولادٌ، فحظُّها رُبُعُ الثُّمُنِ، فصالَحوها على نِصف ذلك، وهو جُزءٌ من أربَعةٍ وسِتِّين جُزءًا، وكان ذلك بحَضرة الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[٢]، فحَلَّ محَلَّ الإجماعِ.

---

(١) التخارج في اللغة: تفاعل من الخروج، وفي الاصطلاح: مصالحة الورثة على إخراج بعض منهم بشيء معين من التركة. «التعريفات» ص٥٣.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١١٣: روي أن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف على ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار. قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» في البيوع (١٥٢٥٦) أخبرنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار: أن امرأة عبد الرحمن بن عوف أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم. انتهى. وفي «الطبقات» لابن سعد (٣/ ١٢٩) في ترجمة عبد الرحمن بن عوف: أخبرنا الواقدي، حدثني سعيد بن مسلم بن قماذين، عن عطاء بن أبي رباح، عن ابن عمر قال: بعث رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عبد الرحمن بن عوف في سبعمائة إلى دومة الجندل، في شعبان سنة ست من الهجرة، فدعاهم إلى الإسلام، فأبوا ثلاثًا، ثم أسلم رأسهم=

وإن كانت التَّرِكةُ ذهَبًا فأعطَوه فِضّةً، أو كانت فِضّةً فأعطَوه ذهَبًا: فهو كذلك؛ لأنه بيعُ الجِنسِ بخِلاف الجِنسِ، فلا يُشترَطُ التَّساوي، ويُعتبرُ التَّقابُض في الْمَجلِس؛ لأنه صرفٌ.

فإن كان الذي في يَده بقِيّةُ التَّرِكةِ جاحِدًا[1] يُكتفى بذلك القبضِ؛ لأنه صار غاصِبًا لنَصيبه، وقبضُ الغصبِ يَنوبُ عن قَبض الصُّلحِ.

وإن كان مُقِرًّا غيرَ مانِعٍ لنَصيبه: فلا بُدَّ من تَجديد القبضِ، وهو أن يَرجِعَ إلى مَوضِعٍ فيه العَينُ، ويَمضيَ وقتٌ يَتمكَّنُ فيه من قَبضه؛ لأنه قبضُ أمانةٍ، فلا يَنوبُ عن قَبض الصُّلحِ؛ لأنه قبضُ ضَمانٍ.

والأصلُ: أنه متى تَجانَس القَبضان ناب أحَدُهما عن الآخَر، وإن اختَلَفا ناب الْمَضمونُ عن غَير الْمَضمونِ، ولا يَنوبُ غيرُ الْمَضمونِ عن الْمَضمون.

وعن نَقدَين وغيرِهما بأحَدهما: لا، ما لم يكن الْمُعطَى أكثَرَ من حظِّه منه.

= الأصبغ بن عمرو الكلبي، فبعث عبد الرحمن إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبره، فكتب إليه أن تزوج تماضر بنت الأصبغ، فتزوجها ورجع بها، وهي أم أبي سلمة بن عبد الرحمن، لم تلد له غيره. انتهى، (٣/ ١٣٦) أخبرنا عارم بن الفضل، ثنا حماد بن زيد، عن أيوب، عن محمد: أن عبد الرحمن بن عوف توفي، وكان فيما ترك ذهبٌ، قطع بالفؤوس حتى مجلت منه أيدي الرجال، وترك أربع نسوة، فأخرجت منهن امرأة من ثمنها بثمانين ألفًا. انتهى، أخبرنا الواقدي، ثنا أسامة بن زيد الليثي، عن صالح بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال: أصاب تماضرَ بنت الأصبغ ربعُ الثمن، فأُخرجت بمائة ألف، وهي إحدى الأربع. انتهى، أخبرنا أبو نعيم الفضل بن دكين، ثنا كامل أبو العلاء، سمعت أبا صالح قال: مات عبد الرحمن بن عوف وترك ثلاث نسوة، فأصاب كل واحدة مما ترك ثمانون ألفًا ثمانون ألفًا. انتهى، أخبرنا يزيد بن هارون، ثنا إبراهيم بن سعد عن أبيه عن جده قال: كان في تماضر سوء خلق، وكانت على تطليقتين، فلما مرض عبد الرحمن طلقها الثالثة، فورثها عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ منه بعد انقضاء العدة. انتهى.

(١) في (د): حاضرًا.

وإن كانت التَّرِكةُ ذهَبًا وفِضّةً وغيرَهما، فصالَحوه على فِضّةٍ أو ذهَبٍ: فلا بُدَّ أن يَكونَ الْمُعطَى أكثَرَ من نَصيبِه من ذلك الجِنسِ لِيَكونَ نَصيبُه بِمثله، والزِّيادةُ بحقِّه في بَقِيّةِ التَّرِكةِ؛ تَفادِيًا عن الرِّبا.

ولا بُدَّ من التَّقابُض فيما يُقابِلُ نَصيبَه من الذَّهَب والفِضّةِ؛ لكَونه صرفًا في هذا الْمِقدارِ.

ولو كان بدَلُ الصُّلحِ عَرْضًا صَحَّ مُطلَقًا؛ لفَوات الرِّبا.

ولو كان في التَّرِكة دَراهِمُ ودَنانيرُ، وبدَلُ الصُّلحِ دَراهِمُ ودَنانيرُ أيضًا: صَحَّ الصُّلحُ كيفما كان؛ صرفًا للجِنس إلى خِلاف الجِنسِ، كما في البَيع، والصُّلحُ أحَقُّ به؛ إذ الْمَقصودُ به قطعُ النِّزاعِ؛ لِما في امتِداده من الفَساد، واللهُ تَعالى لا يُحِبُّ الفَسادَ، ولكن يُشتَرَطُ التَّقابُضُ؛ لأنه صرفٌ.

قال الحاكِمُ: إنما يَبطُلُ الصُّلحُ على مِثل نَصيبِه أو أَقَلَّ من مال الرِّبا في حال التَّصادُقِ[1]، فأما في حال الْمُناكَرةِ: فالصُّلح جائِزٌ؛ لأنه يُعطي المالَ لدَفع الخُصومةِ، فلا يَتمكَّنُ الرِّبا.

وقِيل: إنه باطِلٌ في الوَجهَين؛ لأنه مُعاوَضةٌ في حقِّ الْمُدَّعي، فيَتمكَّنُ فيه الرِّبا.

ولو في التَّرِكة دَينٌ، فأخرَجوه لِيَكونَ الدَّينُ لهم: بَطَل.

وإذا كان في التَّرِكة دَينٌ على النّاس، فأدخَلوه في الصُّلح على أن يُخرِجوا الْمُصالَحَ عنه، ويَكونَ الدَّينُ لهم: فالصُّلحُ باطِلٌ؛ لأنه يَصيرُ مُملِّكًا نَصيبَه من الدَّين من سائِر الوَرَثةِ مما[2] يَأخُذ منهم من العَين، ....

(١) في (ب): التعاقد.

(٢) في (ب): فما، وفي (ج) و(هـ): بما.

وتَمليكُ الدَّينِ من غَير[1] من عليه الدَّينُ باطِلٌ، وإن كان بعِوَضٍ، وإذا بَطَل في حِصّة الدَّينِ بَطَل في الكلّ.

وهو دَليلٌ لأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ عليهما في مَسألة البُيوعِ: أن العقدَ الواحِدِ إذا فَسَد في بَعض الْمَعقودِ عليه فَسَد في الكلّ.

ثم قِيل: هذا قولُه، وعندَهما: يَبقى العقدُ صَحيحًا فيما وراءَ الدَّينِ.

وقِيل: هو قولُ[2] الكلِّ.

والفرقُ لهما: أن بيعَ الدَّينِ باطِلٌ لا فاسِدٌ، فصار كبَيع الحُرِّ والقِنِّ بثمَنٍ واحِدٍ.

وإن شُرِطَ أن يُبرِئَ[3] الغُرَماءَ منه صحّ.

وإن شَرَطوا أن يُبرِئَ الغُرَماءَ منه، ولا يَرجِعَ عليهم بنَصيب الْمُصالِحِ: صَحَّ الصُّلحُ؛ لأنه تَمليكُ الدَّينِ ممن عليه الدَّينُ.

وهذه حِيلةُ الجَوازِ، وأُخرى: أن يُعجِّلوا قَضاءَ نَصيبِ الْمُصالِحِ من مالهم بطَريق التَّبرُّعِ[4]، ثم يُصالِحوا عما بَقِي من التَّرِكة، فإنه يَجوزُ، وفي الوَجهَين ضَررٌ ببَقِيّة الوَرَثةِ.

والأَولى أن يُقرِضوا الْمُصالِحَ قَدْرَ نَصيبِه من الدَّين، ويُصالِحوه عما وراءَ الدَّينِ، ويُحيلَهم الْمُصالِحُ على استِيفاء نَصيبِه من الغُرَماء، ويَقبَلوا ذلك.

ولو لم يكن في التَّرِكة دَينٌ، وأعيانُها غيرُ مَعلومةٍ، والصُّلحُ على الْمَكيل والْمَوزونِ.. قِيل: لا يَصِحُّ؛ لاحتِمال أن يَكونَ في التَّرِكة مَكيلٌ أو مَوزونٌ، ونَصيبُه من ذلك مِثلُ بدَلِ

(١) في (ب) و(د): الدين لغير.

(٢) في (ب): (وهو قَوْلُ الكل) بدل (وقِيل: هو قولُ الكلّ).

(٣) في سوى (س) و(ع): يبرأ.

(٤) في (ب): الشيوع.

الصُّلحِ، فيكونُ رِبًا.

وقِيل: يَصِحُّ؛ لأنه يُحتمَلُ أن لا يَكونَ في التَّرِكة من جِنس بدَلِ الصُّلحِ، وإن كان فيُحتمَلُ أن يَكونَ نَصيبُه أقَلَّ من بَدَل الصُّلحِ، فكان القولُ بعَدَم الجَوازِ مُؤدِّيًا إلى اعتِبار شُبهةِ الشُّبهةِ، وهي ساقِطةُ الاعتِبارِ.

ولو كانت التَّرِكةُ غيرَ الْمَكيلِ والْمَوزونِ، ولكنها أعيانٌ غيرُ مَعلومةٍ.. قِيل: لا يَصِحُّ؛ لأنه بيعٌ؛ لأن الْمُصالَحَ عنه عَينٌ، وبيعُ الْمَجهولِ لا يَصِحُّ.

والأصَحُّ: أنه يَصِحُّ؛ لأن الجَهالةَ غيرُ مُفضيةٍ إلى الْمُنازَعة؛ لأنه لا يُحتاجُ إلى التَّسليم، وبيعُ ما لم يَعلَم البائِعُ والْمُشتَري مِقدارَه إذا كان لا يُحتاجُ فيه إلى التَّسليم صَحيحٌ؛ الا تَرى أن من أقَرَّ أنه غَصَب من فُلانٍ شيئًا، أو أقَرَّ أن فُلانًا أودعه شيئًا، ثم إن الْمُقِرَّ اشتَرى ذلك الشَّيءَ من الْمُقَرِّ له: جاز، وإن كانا لا يَعرِفان مِقدارَه، كذا هنا، كذا في «التَّتِمَّة».

ولو على الميْت دَينٌ مُحِيطٌ: بَطَل الصُّلحُ والقِسمةُ.

ولو كان على الميْت دَينٌ مُحيطٌ: لا يَصِحُّ الصُّلحُ ولا القِسمةُ؛ لأن الوَرَثةَ لم يَتملَّكوا التَّرِكةَ؛ إذ الإرثُ إنما يَجري في المال الفارِغِ عن حاجة الميْتِ، فإذا كان عليه دَينٌ مُستغرِقٌ كان مَشغولًا بحَاجته، فمَنَع الإرثَ.

وإن لم يكن مُستغرِقًا لم يَنبَغِ أن يُصالِحوا ما لم يَقضُوا دَينَه؛ تَقديمًا لحَاجة الميْتِ، ولو فَعَلوا.. قالُوا: يَجوزُ؛ لأن القَليلَ لا يَمنَعُ الإرثَ؛ لأن تَرِكةَ ما لا تَخلو عن قَليلِ دَينٍ، فلو امتَنَع الإرثُ به لامتَنَع الإرثُ في كلِّ التَّرِكاتِ، وفيه ضَرَرٌ بيِّنٌ بالوَرَثة.

وذَكَر الكَرخيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في القِسمة: أنها لا تَجوزُ استِحسانًا، وتَجوزُ قِياسًا.

فصل
[في المتفرقات]

صالَح عن دَم عمدٍ على عَبدَين، فظَهَر أحَدُهما حُرًّا: فالعبدُ كلُّ الحقِّ (س م).

صالَح عن دم عمدٍ على عَبدَين، فظَهَر أن أحَدَهما حُرٌّ: فالعبدُ كلُّ الحقِّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: له العبدُ وقيمةُ الحُرِّ لو كان عبدًا، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: له العبدُ وتَمامُ أَرْشِه من الدَّراهِم، وقد مَرَّ نَظيرُه في النِّكاح.

وعن دَينٍ مَجحودٍ(1) على أمةٍ، فأولَد، فاستُحِقَّت: رَجَع في دَعواه، فإن أثبَت: رَجَع في حقِّه وقيمةِ وَلَدِه.

وإن صالَح عن دَينٍ مَجحودٍ على أمةٍ، فاستَولَدها، فاستَحقَّها رَجُلٌ بالبيِّنة: يَأخُذُها وعُقرَها وقيمةَ ولَدِها، ورَجَع الْمُدَّعي إلى دَعواه؛ لانتِقاض الصُّلحِ.

فإن أثبَت الدَّينَ بالبيِّنة أو بنُكول الْمُدَّعى عليه عن اليَمين: رَجَع عليه بحقِّه -وهو الْمُدَّعى- وبقِيمة الولَدِ؛ لأنه لَمّا ثَبَت الحقُّ ظَهَر أنه مُعاوَضةٌ، فتَظهَرُ أحكامُ الْمُعاوَضةِ.

وعن دَم عمدٍ: مِثلُه، غيرَ أنه رَجَع بقِيمتها(2).

وكذا لو صالَح عن دَم عمدٍ على أمةٍ، واستَولَدها، إلا أنه هنا إذا ثَبَت الحقُّ بالبيِّنة

---

(1) جحده حقه وبحقه جَحْدًا وجُحُودًا: أنكره، ولا يكون إلا على علم من الجاحد به. «المصباح» 1/ 91.

(2) في (ف): غير أنه بقيمتهما.

أو بالنُّكول رَجَع عليه بقِيمة الأمةِ؛ لأن الصُّلحَ لا يَبطُلُ بالاستِحقاق، فبَقِي الْمُوجِبُ لتَسليم البدَلِ، وقد عَجَز عن تَسليم بدَلِ الصُّلحِ، وهي الأمةُ، فيَضمَنُ قِيمتَها، وفي الدَّين يَظهَرُ أنه بيعٌ، فيَبطُلُ الصُّلحُ بالاستِحقاق، فيَرجِعُ بالْمُدَّعى.

وعن أمةٍ على أمةٍ، وأولَد كلٌّ، فاستُحِقَّت من أخْذِ الْمُدَّعي، فادَّعى، وأثبَت: أخَذ قِيمةَ الْمُدَّعاةِ والوَلَدِ، وإن استُحِقَّت الْمُدَّعاةُ: رَجَع بقِيمة التي دَفَع فقط.

ولو صالَح عن أمةٍ على أمةٍ، واستَولَد كلُّ واحِدٍ الأمةَ التي في يَده، فاستُحِقَّت التي أخَذها الْمُدَّعي: رَجَع في دَعواه، فإذا أثبَت بالبيِّنة أو بالنُّكول: رَجَع بقِيمة الْمُدَّعاةِ؛ لتَعذُّر أخذِها؛ لِمَكان الاستِيلادِ، وبقِيمة الولَدِ؛ لأنه ظَهَر أن الصُّلحَ كان مُعاوَضةً، فكان مُستلزِمًا[1] سَلامةَ الولَدِ.

وإن استُحِقَّت الْمُدَّعاةُ رَجَع الْمُدَّعى عليه على الْمُدَّعي بقِيمة الأمةِ التي دَفَعها إلى الْمُدَّعي فقط؛ لأنه انتَقَض الصُّلحُ، وظَهَر أن الْمُدَّعيَ أخَذ بحُكم عقدٍ فاسِدٍ، فيَجِبُ عليه ردُّها، وقد تَعذَّر عليه ردُّها[2] بالاستِيلاد؛ لأنه صَحَّ بِناءً على ظاهِرِ الْمِلكِ، فغَرِم القِيمةَ.

ولا يَرجِعُ على الْمُدَّعي بما ضَمِن من قِيمة الولَدِ؛ لأنه يَزعُمُ أنها ما وَصَلت إليه من الْمُدَّعي، فكان مُنكِرًا لوُجوب الضَّمانِ عليه.

وإن سَلَّم الأمةَ إلى الْمُدَّعي، وأخَذ أمتَه: فكلٌّ مَغرورٌ.

ولو وَقَع الصُّلحُ على أن يُسلِّمَ الْمُدَّعى عليه الأمةَ إلى الْمُدَّعي، ويَأخُذَ منه أمتَه، واستَولَد كلُّ واحِدٍ أمتَه: فكلُّ واحِدٍ مَغرورٌ؛ لأنه مُعاوَضةٌ من الجانِبَين؛ لأن كلَّ واحِدٍ

(١) في سوى (أ) و(هـ): ملتزمًا.

(٢) في (ب): رده.

أخذ مِلكَ الغيرِ ظاهِرًا، فيَرجِعُ كلُّ واحِدٍ عندَ الاستِحقاقِ على صاحِبه بما ضَمِن من قِيمة الولَدِ وقِيمةِ الأمةِ؛ لتَعذُّر ردِّها بالاستِيلاد.

والبِناءُ كالوَلَد.

ولو كان الْمُدَّعى دارًا، فصالَح على دارٍ، وبَنى كلُّ واحِدٍ منهما بِناءً: فالدّارُ كالأمة والبِناءُ كالوَلَد في التِزام السَّلامةِ، والحُكمُ في رُجوع كلٍّ واحِدٍ منهما على صاحِبه بقِيمة بنائِه عندَ الاستِحقاقِ: كما مَرَّ في الوَلَد.

حَرَّر مُشتراتَه، وزَوَّج، ولم يُخبِر بها، فأولَد، فاستُحِقَّت، وغَرِم العُقر وقِيمةَ الوَلَدِ: لم يَرجِع على الْمَولى، فإن أولَد فأعتَق وتزَوَّج، فوَلَدت: غَرِم عُقرًا، ورَجَع بالأوَّل[1].

حَرَّر مُشتراتَه، وزَوَّجها من رَجُلٍ، ولم يُخبِره أنها حُرَّةٌ أو أمةٌ، فاستَولَدها، فاستُحِقَّت، وغَرِم العُقرَ وقِيمةَ الولَدِ: لم يَرجِعِ الأبُ على الْمَولى بما ضَمِن؛ لأنه لم يَغُرَّه.

فإن أولَدها الْمُشتَري بنفسه قبلَ العَتقِ، ثم أعتَقها وتَزوَّجها، فوَلَدت[2]، ثم استُحِقَّت: غَرِم للمُستحِقِّ عُقرًا[3] واحِدًا؛ لأن الوَطآتِ الْمُتكرِّرةَ بتَأويل الْمِلكِ لا تُوجِبُ إلا عُقرًا واحِدًا، كما في النِّكاح الفاسِدِ، وقِيمةَ الولَدَين؛ لغُروره فيهما، ويَرجِعُ على البائِع بقِيمة الولَدِ الأوَّلِ دونَ الثّانِي؛ لأنه استَولَدها بالنِّكاح، وهو إنما ضَمِن السَّلامةَ بالبَيع لا بالنِّكاح.

اختَلَفا في ساحةٍ، وسَلَّمها أحَدُهما لصاحِبه بعبدٍ، فبَنى، فاستُحِقّ: لا يُنقَض بِناؤُه،

(١) في (ع): عقرا وقيمة الولدين ورجع.

(٢) في حاشية (ج): له ولدًا آخر. نسخة.

(٣) في (ب): غرمًا.

ولا يَمنَعُه من السُّكنى حتى يَثبُتَ، كما قبلَ الصُّلحِ، بخِلاف الشِّراءِ منه به.

اختَلَفا في ساحةٍ[1] يَدَّعي كلُّ واحِدٍ أنها له وفي يَده: لم يُقضَ لأحَدهما بمِلكٍ ولا يدٍ إلا ببيِّنةٍ؛ لأن دَعوى كلِّ واحِدٍ مُعارَضٌ بدَعوى الآخرِ.

فإن سَلَّمها أحَدُهما لصاحِبه بعبدٍ، وقَبَضه، فبَنى الآخرُ وسَكَن، فاستُحِقَّ العبدُ أو وُجِد حُرًّا: بَطَل الصُّلحُ، ويَعودُ كلُّ واحِدٍ منهما إلى دَعواه.

وليس له أن يَنقُضَ بِناءَ صاحِبه، ولا أن يَمنَعَه من السُّكنى حتى يُثبِتَ بالبيِّنة؛ لأنه لم يُعرَف تعدِّيه، كما قبلَ الصُّلحِ.

ولو اشتَرى منه بعبدٍ، فبَنى وسَكَن، ثم استُحِقّ: أُجبِر على نَقض البِناءِ؛ لأن الإقدامَ على الشِّراء إقرارٌ بأنه لا مِلكَ له، وإنما مَلَكها بالعَقد، وقد انتَقَض.

ولو ثَلاثةٌ: لم يَجُز لاثنَين منهم صُلحٌ وشِراءٌ، وبَطَل حقُّ الْمُشتَري.

ولو تَنازَع ثَلاثةٌ في ساحةٍ[2]: لم يَجُز لاثنَين منهم صُلحٌ ولا شِراءٌ؛ لأن الثّالثَ على دَعواه، فيَعجِزُ صاحِبُ اليد[3] عن تَسليم السّاحةِ[4]، وبَطَل حقُّ الْمُشتَري؛ لأنه بالشِّراء أقَرَّ أنه لا مِلكَ له، فانقَطَعت خُصومتُه، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (ب) و(ج): ساجة.

(٢) في (ب) و(ج): ساجة.

(٣) في سوى (ج): العبد.

(٤) في (ب) و(ج): الساجة.

كِتَابُ المُضَارَبَةِ

حتى يثبت بالبينة

... لأن الإقدام

... لأن الثالث على

... المشتري؛ لأنه بالشراء

كِتابُ المُضارَبة

كِتابُ الْمُضارَبةِ

شِرْكةٌ بمالٍ من أحَدٍ، وعَمَلٍ من الْمُضارِب.

هي مُفاعَلةٌ مِن (ضَرَب في الأَرض): إذا سَار[1] فيها، ومنه: قولُه تَعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المُزَّمِّل: ٢٠]، يَعني بالضَّرب: السَّفَرَ للتِّجارة.

وفي الشَّرع: عِبارةٌ عن عقدٍ على الشِّرْكة بمالٍ من أحَد الجانِبَين، والعمَلِ من الجانِب الآخَرِ.

والْمُرادُ: الشِّرْكةُ في الرِّبح، وهو[2] يُستحَقُّ بالمال من أحَدهما، والعمَلِ من أحَدهما، ولا مُضارَبةَ بدُون الشِّرْكة في الرِّبح، حتى لو شُرِط الرِّبحُ كلُّه لربِّ المالِ كان بِضاعةً، ولو شُرِط كلُّه للمُضارِب كان قرضًا.

وهي مَشروعةٌ بما تَلَونا؛ لأن الضَّربَ في الأَرض قد يَكونُ بمال نفسِه، وقد يَكونُ بمال غيرِه، ولا فصلَ[3] فيه، فهو عليهما.

وتَقريرُ النَّبيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تُجّارَ زَمانِه عليها دَليلٌ على شَرعيّتها، فإنه

(١) في (هـ): سافر.

(٢) في (هـ): وهي.

(٣) في (هـ): فضل.

عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ بُعِث والنَّاسُ يُبَاشِرونها[1]، ولو لم تكن مَشروعةً لَمَنعهم عنها.

---

(١) بيض له الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١١٣، وقال في «الدراية» ٢/ ١٨١: لم أجده.

وقال العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٢/ ٤٢٢: قال المخرجون: لم نجد ما يفيده، قلت: قال ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٩١): كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب والسنة، حاشى القِراض، فما وجدنا له أصلًا فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي يُقطع به أنه كان في عصره صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فعلم به وأقره، ولولا ذلك لما جاز. انتهى.

قال الفقير: لعل والله تعالى أعلم أنه قد يستنبط لهذا التقرير بمضاربة سيدنا العباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، وهي مشهورة في كتب الحديث والفقه، وليس فيها ما يدل على أنها حادثة في الإسلام، بل رَفْعُ أمر شروطه إلى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثم إقراره عليها، مما يستأنس به على استصحاب الحال من الجاهلية وما بعدها.

وإنما ذكرت هذا لأن كثيرًا من الفقهاء جعلوه دليل المضاربة، لكن على أنه من فعل الصحابة وتقرير النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لا على أنه تخريج للجملة التي قالها النسفي هنا والمرغيناني في «الهداية»، على أن العيني في «البناية» ذكر أثر العباس في تخريج كلام المرغيناني الأنف الذكر، فإن حمل على محمل صحيح فهو ما قد ذكرته الآن.

وأما دليل أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث والناس يضاربون فأقرهم عليه: فهو ما ورد في كتب السير من مضاربة السيدة خديجة رضي الله تعالى عنها بمالها، وعمل النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ معها في ذلك.

ومن ذلك ما قاله ابن هشام في «سيرته» ٢/ ٥٤١: قال ابن إسحاق: وكانت خديجة بنت خويلد امرأة تاجرة ذات شرف ومال، تستأجر الرجال في مالها وتضاربهم إياه بشيء تجعله لهم، وكانت قريش قومًا تجارًا، فلما بلغها عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما بلغها من صدق حديثه وعظم أمانته وكرم أخلاقه.. بعثت إليه فعرضت عليه أن يخرج في مال لها إلى الشام تاجرًا، وتعطيه أفضل ما كانت تعطي غيره من التجار، مع غلام لها يقال له ميسرة، فقبله رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منها، وخرج في مالها ذلك، وخرج معه غلامها ميسرة حتى قدم الشام... إلخ.

وروى ابن سعد في «الطبقات» ٨/ ١٥: عن محمد بن عمر، عن موسى بن شيبة، عن عميرة بنت عبيد الله بن كعب بن مالك، عن أم سعد بنت سعد بن الربيع، عن نفيسة بنت أمية أخت يعلى بن أمية سمعتها تقول: كانت خديجة ذات شرف ومال كثير، وتجارة تبعث إلى الشأم، فيكون عيرها كعامة =

وإجماعِ الأُمّةِ، ومِساسِ الحاجةِ إليها، فإن الإنسانَ قد يَكونُ غنيًّا بالمال، غَبِيًّا بالتِّجارة فيه، وقد يَكونُ مُهتديًا بالتِّجارة ولا مالَ له، فيَحتاجان إلى الشِّرْكة على هذا الوجهِ ليَستعينَ هذا باهتِداء ذلك، وذا بمال هذا؛ لتَنتظِمَ مَصلَحتُهما، ويَحصُلَ الرِّبحُ لهما.

ورُكنُها: الإيجابُ والقَبولُ.

وحُكمُها أنواعٌ: إيداعٌ، ووَكالةٌ، وشِرْكةٌ، وإجارةٌ، وغصبٌ.

فهذه أحكامٌ تُبتنى عليها، فيَجِبُ أن يُراعى كلُّ حُكمٍ منها[1] في وَقته، فنَقولُ وبالله التَّوفيقُ:

وهو أمينٌ، وبالتَّصرُّف وَكيلٌ، وبالرِّبح شَريكٌ، وبالفَساد أجيرٌ، وبالخِلاف غاصِبٌ، وإن أذِن[ك] بعدَه كالْمُستبضِع[2].

فالْمُضارِبُ أوَّلًا أمينٌ؛ لأنه قَبَض المالَ بإذن مالِكِه لا على جِهة الْمُبادَلةِ والوَثيقةِ، بخِلاف الْمَقبوضِ على سَوم الشِّراءِ؛ لأنه قَبَضه بدَلًا، وبخِلاف الرَّهنِ؛ لأنه قَبَضه وَثيقةً.

= عير قريش، وكانت تستأجر الرجال وتدفع المال مضاربة، فلما بلغ رسول الله ﷺ خمسًا وعشرين سنة وليس له اسم بمكة إلا الأمين.. أرسلت إليه خديجة بنت خويلد تسأله الخروج إلى الشام في تجارتها مع غلامها ميسرة، وقالت: أنا أعطيك ضعف ما أعطي قومك، ففعل رسول الله ﷺ، وخرج إلى سوق بصرى، فباع سلعته التي أخرج، واشترى غيرها وقدم بها، فربحت ضعف ما كانت تربح، فأضعفت لرسول الله ﷺ ضعف ما سمت له.

(١) في (ب): فيها.

(٢) الاستبضاع والإبضاع: هو جعل الشيء بضاعة، والمستبضِع بكسر الضاد: صاحب البضاعة، وبالفتح: حاملها. «التعريفات الفقهية» ص٢٣.

وعندَ الشُّروعِ في العَمَلِ وَكيلٌ؛ لأنه يَتصرَّفُ فيه له بأَمره، حتى يَرجعُ بما يَلحَقُه من العُهدة على ربِّ المالِ، كالوَكيل.

وإذا رَبِح فهو شَريكٌ له في الرِّبح؛ لأنه يَحصُلُ بالمال[1] والعمَلِ، فاشتَرَكا فيه.

وإذا فَسَدت فهو أجيرٌ، حتى استَوجَب[2] أجرَ الْمِثلِ؛ لأن الْمُضارِبَ عامِلٌ لربِّ المالِ في ماله، فصار ما شُرِط له من الرِّبح كالأُجرة على عَمَله.

وإذا خالَف فهو غاصِبٌ ضامِنٌ؛ لتَعدِّيه على مال غيرِه.

وإن أُذِن بعدَه[3] فهو كالْمُستبضِع، أي الْمُضارِبُ إذا اشتَرى ما نُهِي عنه، ثم باعه وتَصرَّف فيه، ثم أجاز ربُّ المالِ: فإنه لا أثرَ لإجازته، والْمُستبضِعُ مِثلُه.

وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الإجازةُ في الانتِهاء كالإذن في الابتِداء.

وإنما تَصِحُّ بمالٍ تَصِحُّ به الشِّرْكةُ، وشُيوعِ الرِّبحِ بينَهما، فإن شَرط زِيادةَ عَشَرةٍ له أجرُ مِثلِه، ولا يُجاوَزُ عن الْمَشروط، ويَجِبُ، وإن لم يَربَح، ودَفَع المالَ إلى الْمُضارِب.

وشرطُها: أن يَكونَ رأسُ المالِ من الأثمان، فلا تَصِحُّ إلا بالمال الذي تَصِحُّ به الشِّرْكةُ، كما مَرَّ ثَمّ.

ولو دَفَع إليه عَرْضًا، وقال له: (بِعْه، واعمَل مُضارَبةً في ثَمَنه)، فباع بدَراهِمَ ودَنانيرَ[4]، وتَصرَّف: صَحّ؛ لأنه لم يُضِف الْمُضارَبةَ إلى العَرْض، وإنما أضاف إلى ثَمَنه، والثَّمَنُ مما تَصِحُّ الْمُضارَبةُ به.

---

(١) في (ب): يحتمل المال.

(٢) في (أ): لو استوجب.

(٣) في (ب): لعبده.

(٤) في (ب) و(د): أو دنانير.

والإضافةُ إلى زَمانٍ في الْمُستقبَل تَجوزُ؛ لأنه وَكالةٌ، أو وَديعةٌ، أو إجارةٌ[1]، فليس شيءٌ من ذلك ما يَمنَعُ صِحّةَ الإضافةِ إلى الْمُستقبَل.

وأن يَكونَ رأسُ المالِ عَينًا لا دَينًا؛ لأن الْمُضارِبَ أمينٌ ابتِداءً، ولا يُتصوَّرُ أن يَكونَ أمينًا فيما عليه من الدَّين[2]؛ لأن الدَّينَ مَضمونٌ على الْمَديون.

فلو كان له دَينٌ على ثالِثٍ، فقال له: (اقبِض ما لي على فُلانٍ، واعمَل به مُضارَبةً): جازَ؛ لأنه أَضاف الْمُضارَبةَ إلى زَمان القبضِ، وفي تلك الحالةِ صار الدَّينُ عَينًا، وهو يَصلُحُ أن يَكونَ رأسَ المالِ.

بخِلاف ما لو قال: (اعمَل بالدَّين الذي في ذِمّتك مُضارَبةً بالنِّصف)؛ حيث لا تَصِحُّ الْمُضارَبةُ إجماعًا؛ لِما مَرّ.

فلو اشتَرى به وباع: فجَميعُ ذلك للمُشتَري، والدَّينُ في ذِمّته بحاله عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لعَدَم صِحّةِ التَّوكيلِ عندَه، فوَقَع الشِّراءُ للمَأمور.

وعندَهما: يَكونُ مُشتريًا للآمِر؛ لصِحّة التَّوكيلِ عندَهما، كما مَرَّ في الوَكالة، فتَصيرُ الْمُضارَبةُ بعدَ ذلك بالعَرْض، فلا تَصِحُّ.

وأن يَكونَ الرِّبحُ بينَهما مُشاعًا لا يَستحِقُّ أَحَدُهما دَراهِمَ مُسمّاةً؛ لأن هذا يَقطَعُ الشَّرْكةَ في الرِّبح؛ لجَواز أن لا يَحصُلَ من الرِّبح إلا قَدْرُ ما شُرِط له.

وإذا لم تَبقَ الشَّرْكةُ في الرِّبح لا تَتحقَّقُ الْمُضارَبةُ؛ لأنها جُوِّزت بخِلاف القِياسِ بالنَّصّ[3] بطَريق الشَّرْكةِ في الرِّبح، فإذا شُرِط للمُضارَبة ما يَقطَعُ الشَّرْكةَ لم تكن في

(١) في (هـ): إجازة.

(٢) في (أ): بالدين.

(٣) أي الأدلة الواردة على جواز المضاربة، مما ذكر أول كتابها.

مَعنى ما وَرَد به النَّصُّ، فتُرَدُّ إلى ما يَقتَضيه القِياسُ.

فإن شُرِط زِيادةُ عشَرةٍ فله أجرُ مِثلِه؛ لأنه لم يَرضَ بالعَمَل مجّانًا، ولا سَبيلَ إلى الْمُسمّى الْمَشروطِ؛ للفَساد، فيُصارُ إلى أَجر الْمِثلِ ضَرورةً.

والرِّبحُ لربِّ المالِ؛ لأنه نَماءُ مِلكِه[1].

وكذا الحُكمُ في كلِّ مُضارَبةٍ لم تَصِحَّ.

ولا يُجاوَز بالأَجر القَدْرُ الْمَشروطُ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لِما مَرَّ في الشِّرْكة، ويَجِبُ الأجرُ وإن لم[2] يَربَح في الْمُضارَبة الفاسِدةِ في رِواية «الأصلِ»؛ لأن الواجِبَ أُجرةٌ، والأُجرةُ تَجِبُ بتَسليم الْمَنفَعةِ أو العمَلِ، وقد وُجِد، فتَجِبُ الأُجرةُ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا لم يَربَح فلا أُجرةَ له؛ لأن الْمُضارَبةَ الفاسِدةَ لا تَكونُ أَقوى من الصَّحيحة، فإذا لم يَستحِقَّ شيئًا في الْمُضارَبة الصَّحيحةِ عندَ عدَمِ الرِّبحِ ففي الفاسِدة أَولى، والمالُ في الْمُضارَبة الفاسِدةِ غيرُ مَضمونٍ بالهَلاك؛ اعتِبارًا بالْمُضارَبة الصَّحيحةِ.

ولأنه عَينٌ استُؤجِر الْمُضارِبُ ليَعمَلَ به، فلا يَكونُ مَضمونًا عليه، كأَجِير الوَحْدِ.

وكلُّ شرطٍ يُوجِبُ جَهالةً في الرِّبح يُفسِدُ الْمُضارَبةَ؛ لأن الرِّبحَ هو الْمَعقودُ عليه، وجَهالةُ الْمَعقودِ عليه تُوجِبُ فَسادَ العقدِ، وذلك نحوُ أن[3] يشرُط الْمُضارِبُ أن يَسكُنَ ربُّ المالِ دارَه سنةً؛ لأنه جَعَل نِصفَ الرِّبحِ عِوَضًا عن عَمَله وأُجرةِ الدّارِ، فصارت

---

(١) في (ب): لأنه بما ملكه.

(٢) في (د): الأجر إن لم.

(٣) في (ب) و(د): (بجواز) بدل (نحو أن).

حِصّةُ العمَلِ مَجهولةً، فلم تَصِحَّ.

وغيرُ ذلك من الشُّروط الفاسِدةِ لا يُفسِدُها، ويَبطُلُ الشَّرطُ، كاشتِراط الوَضيعةِ على الْمُضارِب؛ لأن الوَضيعةَ جُزءٌ هالِكٌ من المال، فلا يَجوزُ أن يَلزَمَ غيرَ ربِّ المالِ، إلا أن هذا شرطٌ زائِدٌ لم يُوجِب قطعَ الشِّرْكةِ في الرِّبح، ولا الجَهالةَ فيه، فلا يُفسِدُ الْمُضارَبةَ؛ لأنها لا تَفسُدُ بالشَّرط الفاسِدِ، كالوَكالة، ولأن صِحّتَها تَتوقَّفُ على القَبض، فلا تَبطُلُ بالشَّرط، كالهِبة.

وأن يَكونَ المالُ مُسلَّمًا إلى الْمُضارِب لا يدَ لربِّ المالِ فيه؛ لأن المالَ أمانةٌ في يَده، فلا يَتِمُّ إلا بالتَّسليم إليه، كالوَديعة.

وهذا بخِلاف الشِّرْكةِ؛ فإن يدَ ربِّ المالِ قائِمٌ في عَقد الشِّرْكةِ، وقد صَحَّت؛ لأن الْمُضارَبةَ انعقَدت على رَأس المالِ من أحَد الجانِبَين، والعمَلِ من الجانِب الآخرِ، فيَجِبُ أن تَخلُصَ اليدُ للمُضارِب ليَتمكَّنَ من العَمَل فيه، والشِّرْكةُ انعقَدت على العَمَل من الجانِبَين، فمتى شَرَطنا انتِفاءَ يدِ ربِّ(١) المالِ عنه لم تَنعقِد الشِّرْكةُ أصلًا؛ لانتِفاء شرطِ الشِّرْكةِ، وهو شرطُ العمَلِ عليهما.

فإن شَرَطا أن يَعمَلَ ربُّ المالِ مع الْمُضارِبِ تَفسُدُ الْمُضارَبةُ؛ لأن هذا شرطٌ يَمنَعُ من تَسليم المالِ إلى الْمُضارِب، والتَّخليةُ بينَ المالِ والْمُضارِبِ شرطُ صِحّةِ العقدِ، فما يَأباه كان مُفسِدًا ضَرورةً.

وسَواءٌ كان المالِكُ عاقِدًا أو غيرَ عاقِدٍ، كالأب والوصِيِّ إذا دَفَعا مالَ الصَّغيرِ مُضارَبةً، وشَرَطا عمَلَ الصَّغيرِ؛ لأن الصَّغيرَ إذا كان مالِكًا كانت يدُه على المال بجِهة الْمِلكِ كالكَبير، فبَقاءُ يدِه يَمنَعُ كونَه مُسلَّمًا إلى الْمُضارِب.

---

(١) في (أ): حتى شرطنا انتفاءه لرب المال.

وكذا أحدُ الْمُتفاوِضين أو أحدُ شَريكَي العِنانِ إذا دَفَع مالًا مُضارَبةً، وشَرَط عمَلَ شَريكِه مع الْمُضارِبِ؛ لأن للشَّريك فيه مِلكًا، فيَمنَعُ صِحّةَ الدَّفعِ مع قِيامِ يدِ المالِكِ.

وإذا لم يكن العاقِدُ مالِكًا، وشَرَط أن يَتصرَّفَ في المال مع الْمُضارِبِ.. فإن كان العاقِدُ ممن ليس بأهلٍ للمُضارَبة في ذلك المالِ: فشرطُ عمَلِه يُفسِدُ العقدَ، كالْمَأذون بدَفع مالِه مُضارَبةً.

ويُشترَطُ عمَلُه مع الْمُضارِبِ؛ لأن يدَ التَّصرُّفِ ثابِتةٌ له في هذا المالِ[1]، ويدُه يدُ نفسِه، فنزَل مَنزِلةَ المالِكِ فيما يَرجِعُ إلى التَّصرُّف، فكان قِيامُ يدِه مانِعًا لصِحّة الْمُضارَبةِ.

وإن كان العاقِدُ ممن يَجوزُ أن يَأخُذَ مالَه مُضارَبةً لم تَفسُد الْمُضارَبةُ، كالأَب والوصِيِّ إذا دَفَعا مالَ الصَّغيرِ مُضارَبةً، وشَرَطا أن يَعمَلا بأنفسِهما مع الْمُضارِبِ بجُزءٍ من الرِّبح: فهو جائِزٌ؛ لأنهما لو أخَذا مالَه مُضارَبةً، وشَرَطا أن يَعمَلا بأنفُسهما بنِصف الرِّبحِ: صَحّ، فكذا إذا شَرَطا عملَهما مع الْمُضارِبِ بجُزءٍ من الرِّبح؛ لأن كلَّ مالٍ يَجوزُ أن يَكونَ المرءُ فيه مُضارِبًا وحدَه جاز أن يَكونَ فيه مُضارِبًا مع غيرِه، وهذا لأن تَصرُّفَ الأبِ أو الوصِيِّ واقِعٌ للصَّغير حُكمًا بطَريق النِّيابةِ، فصار دفعُه كدَفع الصَّغيرِ، وشرطُه كشَرطه، فيُشترَطُ التَّخليةُ من قِبَل الصَّغيرِ؛ لأنه ربُّ المالِ، وقد تَحقَّقت.

وأن يَكونَ رأسُ المالِ مَعلومًا عندَ العقدِ تَسميةً أو إشارةً.

وأن يَكونَ نَصيبُ الْمُضارِبِ من الرِّبح مَعلومًا؛ لِما مَرّ.

فإن وُجِدت هذه الشَّرائطُ صَحَّت، وإلا فَسَدت وانقَلَبت إجارةً.

ويَبيعُ بنَقدٍ ونَسيئةٍ، ويَشتَري، ويُوكِّلُ، ويُسافِرُ(س د)، ويُبْضِعُ، ويُودِعُ.

---

(١) في (د) و(هـ): الباب.

وإذا صَحَّت الْمُضارَبةُ مُطلَقةً جاز للمُضارِب أن يَبيعَ بنقدٍ ونَسيئةٍ، ويَشتريَ، ويُوكِّلَ، ويُسافِرَ، ويُبضِعَ، ويُودِعَ؛ لأن غرَضَه حُصولُ الرِّبحِ، ولا يَتحصَّلُ ذلك إلا بأن يَملِكَ جَميعَ أنواعِ التِّجاراتِ؛ لأنه قد يَربَحُ في نوعٍ منها دونَ نوعٍ، فوَجَب أن يَكونَ بسَبيلٍ من جَميع أصنافِ التِّجارةِ ليَحصُلَ غرَضُه، والإبضاعُ والإيداعُ من توابع التِّجارةِ؛ لأن التّاجرَ لا يَجِدُ بُدًّا منهما.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه ليس له أن يُسافِرَ.

وعنه عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: إن دُفِع المالُ إليه في مِصره، وهو من أَهل ذلك المصرِ: فليس له أن يُسافِرَ به؛ لأن فيه تَعريضَ المالِ على التَّوى بلا ضَرورةٍ، وإن دُفِع المالُ إليه في غَير مِصرِه فله أن يُسافِرَ به؛ لأن الظّاهرَ والغالِبَ أن الإنسانَ يَرجِعُ إلى وَطَنه ولا يَستديمُ الغُربةَ مع إمكانِ الرُّجوعِ، فلما أَعطاه مع عِلمِه أنه غَريبٌ في هذا الْمَوضِعِ كان ذلك منه دَليلَ الرِّضا بالْمُسافَرة بالمال عندَ رُجوعِه إلى وَطَنه.

وجهُ الظّاهرِ: أن الْمُضارَبةَ من الضَّرب في الأَرض، وذا يَكونُ بالْمُسافَرة.

ولأن مَقصودَه تَحصيلُ الرِّبحِ، وذا إنما يَحصُلُ بالسَّفَر عادةً، فيَملِكُه بمُطلَق عقدِ الْمُضارَبةِ.

ولأن للمُودَع أن يُسافِرَ بمال الوَديعةِ مع عدَمِ تَمكُّنِه من التَّصرُّف فيه، فالْمُضارِبُ أَولى؛ لقُدرته على التَّصرُّف فيه.

ولا يُزوِّجُ عبدًا او أمةً(س).

ولا يُزوِّجُ عبدًا ولا أمةً من مال الْمُضارَبةِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يُزوِّجُ الأمةَ؛ لأنه من الاكتِساب؛ لأنه يَستفيدُ به

المهرَ وسُقوطَ النَّفَقةِ عن مال الْمُضارَبةِ.

ولهما: أنه ليس من التِّجارة، والعقدُ لا يَتضمَّنُ إلا التَّوكيلَ بالتِّجارة، فلا يَملِكُه وإن كان اكتِسابًا، كالكِتابة[1] والإعتاقِ على ضِعف قِيمتِه.

ولا يُضارِبُ إلا بإذنٍ، أو بـ (اعمَل برَأيك).

ولا يُضارِبُ، إلا أن يَأذَنَ له ربُّ المالِ، أو يَقولَ له: (اعمَل برَأيك)؛ لأنه يَجعَل بعضَ رِبحِ مالِه لغَيره، وهو لم يَرضَ به، ولأن الشَّيءَ لا[2] يَستتبِعُ مِثلَه؛ لاستِوائهما في القُوّة، كالوَكيل لا يَملِكُ أن يُوكِّلَ غيرَه.

وهذا بخِلاف الْمُستعيرِ والْمُكاتَبِ -لأنهما يَملِكان الإعارةَ والكِتابةَ-؛ لأن الكَلامَ في التَّصرُّف نِيابةً، وهما يَتصرَّفان بحُكم المالِكيّةِ لا بحُكم النِّيابةِ؛ إذ الْمُستعيرُ مَلَك الْمَنفعةَ، والْمُكاتَبُ صار حُرًّا يدًا، والْمُضارِبُ يَعمَلُ بطَريق النِّيابةِ، فلا بُدَّ من التَّنصيص عليه أو التَّفويضِ[3] الْمُطلَقِ إليه.

وصار كالوَكيل، فإنه لا يَملِكُ أن يُوكِّلَ غيرَه، إلا إذا قِيل له: (اعمَل برَأيك).

والإيداعُ والإبضاعُ دونَ الْمُضارَبةِ، فيَتضمَّنُهما.

ولا يَملِكُ الإقراضَ، وإن قِيل له: (اعمَل برَأيك[4])؛ لأنه تَبرُّعٌ، وليس من ضَرورات التِّجارةِ، فلا يَملِكُه بهذا اللَّفظِ، كالهِبة والصَّدَقةِ؛ وهذا لأن العقدَ يَنتظِمُ صُنوفَ التِّجارةِ

---

(١) في (هـ): كالكفالة.

(٢) سقطت من (ب).

(٣) في (ب) و(هـ): والتفويض.

(٤) في (ج): اعمل برأيك، بخلاف الإيداع والإبضاع؛ لأنه دونه فيتضمنه، وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك...

وما هو من صَنيع التُّجّارِ، وليس هو من صَنيعهم، فلا يَحصُلُ به الغرَضُ، وهو الرِّبحُ؛ لأن الْمَقبوضَ بحُكم القرضِ مَضمونٌ بمِثله لا يُتصوَّرُ فيه زِيادةٌ بشرطٍ أو غيرِه، أما الدَّفعُ مُضارَبةً: فمن صَنيع التُّجّارِ.

وكذا الشِّرْكةُ والخلطُ بمال نفسِه، فيَدخُلُ تحتَ هذا القولِ.

وتَتقيَّدُ ببَلَدٍ، وسِلعةٍ، ووَقتٍ عُيِّن، كالشِّرْكة.

وإن خَصَّ له ربُّ المالِ التَّصرُّفَ في بلَدٍ بعَينه، أو في سِلعةٍ بعَينها: يَتقيَّدُ به، ولم يَجُز له أن يَتجاوَزَ ذلك؛ لأنه إنما مَلَكَ التَّصرُّفَ بتفويضه، فيَتقيَّدُ بما فَوَّض إليه، وهذا التَّقييدُ مُفيدٌ؛ لأن التِّجاراتِ تَختلِفُ باختِلاف الأمكِنةِ والأمتِعةِ.

وكذا ليس له أن يَدفَعَه بِضاعةً إلى من يُخرِجُها من تلك البَلدةِ؛ لأنه لا يَملِكُ أن يَتصرَّفَ بنفسه في هذا المالِ في غَير هذا البلَدِ، فلا يَملِكُ أن يَستعينَ بغَيره أيضًا.

فإن أخرَجَ إلى غَير ذلك البلَدِ، فاشتَرى: ضَمِن، وكان ذلك له، وله رِبحُه، وعليه وَضيعتُه؛ لأنه تَصرَّف في مال غيرِه بغَير أمرِه، فيَضمَنُ.

وإن لم يَشترِ حتى رَدَّه إلى البَلَد الذي عَيَّنه: بَرِئ من الضَّمان؛ لأنه أمينٌ خالَفَ ثم عاد إلى الوِفاق، فيَكونُ أمينًا كما كان، ورَجَع المالُ مُضارَبةً على حاله؛ لأن المالَ باقٍ في يَده بالعَقد السّابقِ.

وكذا إذا اشتَرى ببَعضه في الْمِصر، ورَدَّ بعضَه: كان الْمَردودُ والْمُشترَى في الْمِصر على الْمُضارَبة.

واعلَم أن أصلَ الضَّمانِ واجِبٌ بنَفس الإخراجِ، وبالشِّراء يَتقرَّرُ الضَّمانُ؛ لأن الضَّمانَ الواجِبَ بالإخراج على عَرَضيّة الزَّوالِ؛ لاحتِمال الإعادةِ إلى البَلَد الذي عَيَّنه.

وهذا بخِلاف ما لو قال: (على أن تَشترِيَ في سُوق الكُوفةِ)؛ حيث لا يَصِحُّ التَّقييدُ، وله أن يَعمَلَ به في غَير السُّوقِ بالكُوفة استِحسانًا؛ لأن الأصلَ أن ربَّ المالِ إذا شَرَط على الْمُضارِب شرطًا مُفيدًا يَتقيَّدُ به، ويَجِبُ الضَّمانُ على الْمُضارِب متى تَرَكه، وإن لم يُفِد لا يَصِحُّ الشَّرطُ، ولا يَضمَنُ الْمُضارِبُ بتَركه.

وفي شَرط العمَلِ بالكُوفة فائِدةٌ لربِّ المالِ، وهو صِيانةُ مالِه عن خَطَر الطَّريقِ، ولأن الأسعارَ تَختلِفُ باختِلاف البُلدانِ، وكذا النُّقودُ تَختلِفُ باختِلاف البُلدانِ.

ولا فائِدةَ في تَقييد تَصرُّفِه بالسُّوق؛ لأن مَقصودَه سِعرُ الكُوفةِ لا عينُ السُّوقِ، والبَلدةُ الواحِدةُ كالبُقعة الواحِدةِ، فكان التَّخصيصُ لغوًا، إلا إذا صَرَّح بالنَّهي، بأن قال: (اعمَل في السُّوق، ولا تَعمَلْ في غَير السُّوقِ)، فلو عَمِل في غَيره يَضمَنْ؛ لأنه صَرَّح بالحَجْر في غَيره، وهو يَملِكُ الحَجْرَ.

وما يُفيدُ التَّقييدَ من الأَلفاظ سِتّةٌ: (دَفَعتُ إليك المالَ مُضارَبةً على أن تَعمَلَ به بالكُوفة)، أو (لتَعمَلَ به بالكُوفة)، أو (تَعمَلْ بالكُوفة) مَجزومًا أو مَرفوعًا، أو (فاعمَل به بالكُوفة)، أو قال: (دَفَعتُ إليك مُضارَبةً بالنِّصف بالكُوفة).

وما لا يُفيدُ لَفظان: (دَفَعتُ إليك مُضارَبةً، واعمَل بالكُوفة)، أو قال: (اعمَل بالكُوفة).

والضّابطُ: أن ربَّ المالِ متى ذَكَر عَقيبَ الْمُضارَبةِ ما لا يُمكِنُ التَّلفُّظُ به ابتِداءً، ويُمكِنُ جعلُه مَبنيًّا على ما قبلَه: يُجعَلُ مَبنيًّا عليه، كما في الأَلفاظ السِّتّةِ، وإن استَقام الابتِداءُ به: لا يُبنى على ما قبلَه، ويُجعَلُ مُبتدأً، كما في اللَّفظَين الآخرَين.

وحينَئذٍ تَكونُ الزِّيادةُ شُورى، وكان له أن يَعمَلَ بالكُوفة وبغَيرها.

ولو قال: (خُذه مُضارَبةً على أن تَشتريَ به الطَّعامَ)، أو قال: (فاشتَرِ[1] به الطَّعامَ)، أو قال: (لتَشتريَ به الطَّعامَ)، أو قال: (خُذه مُضارَبةً بالنِّصف في الطَّعام): فهذا كلُّه مُفيدٌ[2]، فيُعتبَرُ التَّقييدُ به.

ولو قال: (على أن تَشتريَ من فُلانٍ وتَبيعَ منه): صَحَّ التَّقييدُ، وليس له أن يَشتريَ أو يَبيعَ من غَيره؛ لأن هذا التَّقييدَ مُفيدٌ؛ لتَفاوُت النّاسِ في القَضاء والاقتِضاءِ.

ولو قال: (على أن تَشتريَ به من أَهل الكُوفةِ)، أو دَفَع إليه مُضارَبةً في الصَّرف على أن يَشتريَ به من الصَّيارِفة[3] ويَبيعَ منهم، فباع بالكُوفة من رَجُلٍ ليس من أَهل الكُوفةِ، أو من غَير الصَّيارِفةِ: جاز؛ لأن مَقصودَه في الأَوَّل تَقييدُ العمَلِ بالكُوفة عُرفًا، وقد وُجِد، وفي الثّاني: التَّقييدُ بالنَّوع.

وكذا إن وَقَّت للمُضارَبة وقتًا بعَينه يَتقيَّدُ به، حتى يَبطُلُ العقدُ بمُضِيِّه؛ لأن التَّقييدَ بالزَّمان مُفيدٌ، كالتَّقييد بالْمَكان، فيَتوقَّتُ بما وَقَّته[4].

وكذا الشَّرْكةُ تَتقيَّدُ بالوَقت، حتى لو قال أحدُ الشَّريكَين لصاحِبه: (ما اشتَريتَ اليومَ فهو بينَنا)، فما اشتَرى اليومَ فهو بينَهما، وما اشتَرى بعدَ اليومِ فهو للمُشتَري خاصّةً.

وبالْمَكان، حتى لو قال أحدُ الشَّريكَين لصاحِبه: (اخرُج إلى نَيسابورَ، ولا تُجاوِز)، فجاوَز، فهَلَك: ضَمِن حِصّةَ شَريكِه.

ولم يَشترِ من يَعتِقُ على المالِك، أو عليه إن ظَهَر رِبحٌ، وضَمِن إن فَعَل، فإن لم

---

(١) في (هـ): واشتر.

(٢) في (ب): مقيد.

(٣) في (هـ): المصارفة.

(٤) في (ب): فيتقيد بما قيده.

يَظهَر صحَ، فإن ظَهَر عَتَق حظُّه، ولم يَضمَن، وسَعى.

وليس للمُضارِب أن يَشتريَ من يَعتِقُ على ربِّ المالِ لقَرابةٍ[1] أو يَمينٍ؛ لأن الْمُضارَبةَ إذنٌ في التَّصرُّف الذي يَحصُلُ به الرِّبحُ، وهذا إنما يَكونُ بشِراء ما يُمكِنُه بيعُه، فأما ما لا يُمكِنُه بيعُه: فلا يَحصُلُ به الغرَضُ، فلا يَتناوَلُه الإذنُ.

ولا يَتحقَّقُ هذا فيمن يَعتِقُ على ربِّ المالِ؛ لعِتقه، ولهذا لا يَدخُلُ في الْمُضارَبة شِراءُ ما لا يُملَكُ بالقَبض، كما إذا اشتَرى خمرًا، أو خِنزيرًا، أو ميتةً، أو دمًا، أو مُكاتَبًا، أو أمَّ ولَدٍ، أو اشتَرى ثَوبًا بمَيْتةٍ أو دمٍ؛ لأنها لا تُملَكُ بالقَبض، فلم تَدخُل تحتَ الإذنِ.

بخِلاف ما لو اشتَرى ثَوبًا أو عبدًا بخمرٍ أو خِنزيرٍ؛ فإنه يَكونُ على الْمُضارَبة؛ لأنه يُملَكُ بالقَبض، ويُمكِنُه بيعُه بعدَ قبضِه، فيَتحقَّقُ مَقصودُ العقدِ.

وكذا لم يَجُز له أن يَشتريَ من يَعتِقُ عليه إن كان في المال رِبحٌ؛ لأنه يَعتِقُ عليه نَصيبُه، ويَفسُدُ نَصيبُ ربِّ المالِ عندَه، ويَعتِقُ عندَهما[2]، فيَمتنِعُ التَّصرُّفُ، فلا يَحصُلُ الْمَقصودُ، وهو البيعُ للاستِرباح.

فإن فَعَل -أي اشتَرى من يَعتِقُ على ربِّ المالِ، أو من يَعتِقُ عليه-: صار مُشتريًا لنَفسه دونَ الْمُضارَبةِ؛ لأن الشِّراءَ متى وَجَد نَفاذًا على الْمُشتَري يَنفُذُ عليه، كالوَكيل بالشِّراء إذا خالَف.

وهذا لأن الْمُضارِبَ هو الأصلُ في حقِّ البائِع؛ لأن حُقوقَ العقدِ تَرجِعُ إلى الوَكيل، فوَجَب أن يَنفُذَ عليه لَمّا تَعذَّر نَفاذُه من ربِّ المالِ؛ دفعًا للضَّرَر عن البائِع، وضَمِن إن نَقَد الثَّمنَ من مال الْمُضارَبة.

(١) في (ج) و(هـ): بقرابة.

(٢) في (ب): وعندهما يفسد.

وإن لم يَظهَر في المال رِبحٌ جاز أن يَشتريَ من يَعتِقُ عليه؛ لأنه لا مِلكَ له فيه ليَعتِقَ عليه، فلا مانِعَ من التَّصرُّف؛ لقُدرته على بَيعه، فيَقَعُ الشِّراءُ على الْمُضارَبة.

فإن زادت قِيمتُه بعدَ الشِّراءِ حتى ظَهَر الرِّبحُ: عَتَق حظُّه منه؛ لأنه مَلَك بعضَ قريبه، ولم يَضمَن لربِّ المالِ شيئًا؛ لأنه إنما عَتَق عبدُ[1] الْمِلكِ لا بصُنعٍ منه، فصار كما لو وَرِثه مع غيرِه، بأن اشتَرَت امرَأةٌ ابنَ زوجِها، ثم ماتت وتَرَكت هذا الزَّوجَ وأخًا: عَتَق نَصيبُ الزَّوجِ، ولا يَضمَنُ شيئًا لأخِيها، وسَعى العبدُ في قِيمة نَصيبِ ربِّ المالِ؛ لاحتِباس مالِيّتِه عندَه.

ولو اشتَرى نِصفَه بمال الْمُضارَبةِ -ولا فضلَ- ونِصفَه بماله: صحَّ عليهما.

ولو اشتَرى نِصفَه بمال الْمُضارَبةِ -ولا فضلَ فيه- ونِصفَه بماله: صَحَّ عليهما؛ لأن هذا النِّصفَ لا رِبحَ فيه، فلم يَثبُت العِتقُ فيه من قِبَله، وإنما دَخَل العِتقُ فيه حُكمًا لَمّا اشتَراه لنَفسه، فلم يَصِر مُخالِفًا.

والشَّريكُ، والأبُ، والوَصِيُّ: كالْمُضارِب، لا الْمَأذونُ.

والشَّريكُ والأبُ والوصِيُّ: كالْمُضارِب، حتى إذا اشتَرى أحدُ الشَّريكَين عبدًا هو ذو رَحِمٍ مَحرَمٍ من الشَّريك الآخرِ: نَفَذ على الْمُشتَري، كالْمُضارِب.

وكذا إذا اشتَرى الأبُ أو الوصِيُّ عبدًا للصَّغير أو للمَعتوه، وهو ذو رَحِمٍ مَحرَمٍ من الصَّغير أو الْمَعتوهِ: لا يَنفُذُ عليهما، وإنما يَنفُذُ على الأب أو الوصِيِّ؛ لأنه لا نظَرَ فيه.

بخِلاف العبدِ الْمَأذونِ؛ فإنه لو اشتَرى ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ من الْمَولى يَصِحُّ، ثم يُنظَرُ إن لم يكن عليه دَينٌ مُحيطٌ برَقَبته وكسبِه: عَتَق على الْمَولى، وإن كان عليه دَينٌ مُحيطٌ

---

(١) في (ج) و(هـ): عند.

برَقَبته وكسبِه: لا يَعتِقُ عندَه، وعندَهما: يَعتِقُ؛ لأن الدَّينَ الْمُستغرِقَ يَمنَعُ ثُبوتَ الْمِلكِ للمَولى في كَسب العبدِ عندَه، وعندَهما: لا يَمنَعُ.

معه ألفٌ بالنِّصف، فابتَاع به أمةً قِيمتُها ألفٌ، فوَلَدت مِثلَها قِيمةً، فادَّعاه مُوسِرًا، فبَلَغت قِيمتُه ألفًا ونِصفَه: سَعى لربِّ المالِ في ألفٍ ورُبُعِه، فإن قَبَض الألفَ ضَمِن الْمُدَّعي نِصفَ قِيمتِها.

فإن كان مع الْمُضارِبِ ألفٌ بالنِّصف، فاشتَرى الْمُضارِبُ به أمةً قِيمتُها ألفٌ، فوَطِئها الْمُضارِبُ، فوَلَدت ولَدًا يُساوِي ألفًا، فادَّعى الْمُضارِبُ أنه ابنُه، ثم بَلَغت قِيمةُ الغُلامِ ألفًا وخمسَمائةٍ، والْمُضارِبُ مُوسِرٌ.. فإن شاء ربُّ المالِ استَسعى الغُلامَ في ألفٍ ومِائتَين وخَمسين، وإن شاء أعتَقه.

وإذا قَبَض ربُّ المالِ ألفَ دِرهَمٍ من الغُلام ضَمِن نِصفَ قِيمةِ الأمةِ؛ وهذا لأن دِعوةَ الْمُضارِبِ انعقَدت صَحيحةً ظاهِرًا؛ حملًا لأمره على وَجه الصِّحّةِ، وهو فِراشُ النِّكاحِ، بأن زَوَّجها منه بائِعُها، وعَلِقت منه، ثم باعها منه.

لكن لم يَنفُذ؛ لعَدَم الْمِلكِ، وهو شرطُ الصِّحّةِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما -أعني الأُمَّ والولَدَ- مَشغولٌ برَأس المالِ، فلا يَظهَرُ الرِّبحُ؛ لِما عُرِف أن مالَ الْمُضارَبةِ إذا صار أجناسًا مُختلِفةً، كلُّ واحِدٍ منها مِثلُ رأسِ المالِ: لا يَظهَرُ الرِّبحُ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه ليس أحَدُهما بأولى من الآخَر، وإذا كان كذلك فلم يكن للمُضارِب نَصيبٌ في الأمة ولا في الوَلَد، وإنما الثّابتُ له مُجرَّدُ حقِّ التَّصرُّفِ، فلا تَنفُذُ الدِّعوةُ.

فإذا زادت قِيمةُ الغُلامِ وصارت ألفًا وخمسَمائةٍ: ظَهَر الرِّبحُ الآنَ، فمَلَك الْمُضارِبُ من الوَلَد نِصفَ الزِّيادةِ، فنَفَذت دِعوتُه السّابقةُ.

بخِلاف ما إذا أعتَق الْمُضارِبُ الولَدَ، ثم ظَهَرت الزِّيادةُ؛ فإنه لم يَصِحَّ الإعتاقُ؛

لأن الإعتاقَ إنشاءٌ، فإذا بَطَل لعَدَم الْمِلكِ فلا يَنفُذُ بعدَه بحُدوث الْمِلكِ، فأما هذا: فإخبارٌ، فينفُذُ إذا حَدَث الْمِلكُ.

نَظيرُهما: إذا أقَرَّ بحُرِّيّة عبدِ غيرِه، ثم اشتَراه، وإذا قال لعَبد الغيرِ: (أنت حُرٌّ)، ثم اشتَراه.

وإذا نَفَذت الدِّعوةُ صار الغُلامُ ابنًا له، وعَتَق عليه بقَدْر مِلكِه، وفَسَد[1] الْمِلكُ في الباقِي عندَه، وعَتَق عندَهما، ولم يَضمَن حِصّةَ ربِّ المالِ من الوَلَد؛ لأن العِتقَ هنا ثَبَت بالنَّسَب والْمِلكِ، والْمِلكُ آخِرُهما وُجودًا، فيُضافُ إليه؛ لأن الحُكمَ يُضافُ إلى الوَصف الأخيرِ إذا كانت العِلّةُ ذاتَ وَصفَين.

أصلُه: مَسألةُ السَّفينةِ[2] والقَدَحِ الأخيرِ[3].

دَليلُه: ما رُوِي عن الصِّدِّيق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رَجُلًا أقَرَّ بينَ يَدَيه بالزِّنى ثَلاثَ مرّاتٍ، فقال له: إيّاك والرّابعةَ؛ فإنها الْمُوجِبةُ[4].

وقد ثَبَت الْمِلكُ للمُضارِب بغَير صُنعٍ منه؛ لحُصوله بتَغيُّر السِّعرِ، وضَمانُ التَّعدِّي لا يَثبُتُ بغَير صُنعٍ، وهذا ضَمانُ الإعتاقِ، فلا بُدَّ من التَّعدِّي؛ لأنه ضَمانُ تَسبُّبٍ؛ لأنه

---

(١) في (ب): وقيد.

(٢) فإن من استأجر سفينة شهرًا، فمضت المدة في وسط البحر: فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل بغير رضا المالك. «العناية» ٥/ ٤٨٣.

(٣) قال السغدي في «النتف في الفتاوى» ١/ ٢٤٥: اعلم أن الأشربة كلّها على ثلاثة أوجه:

أحدها: شراب النبيذ، لا بد من غليه إلى الثلث وذهاب الثلثين منه، وهو العصير، فإذا ذهب ثلثاه ثم أسكر بعد ذلك ففي قول أبي حنيفة: هو حلال حتى يصير الى آخر قدح منه، وهو الذي يسكره، فإن ذلك القدح الأخير حرام... إلخ.

(٤) ذكره هكذا السرخسي في «المبسوط» ٩/ ٩٣. وتقدم الكلام عليه في اللعان من هذا الكتاب، فانظره عند مبحث الإقرار بالزنى.

يَتصرَّفُ في مِلكه قصدًا، وإذا لم يَجِب الضَّمانُ وقد احتُبِست[1] ماليَّتُه عندَه.. تَجِبُ السِّعايةُ في نَصيب ربِّ المالِ، وهو ألفٌ ومِائتان وخَمسون، ألفٌ رأسُ المالِ، ومِائتان[2] وخَمسون حِصَّتُه من الرِّبح.

وله أن يُعتِقَه؛ لأن الْمُستَسعى كالْمُكاتَب عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، فيَكونُ قابلًا للإعتاق، فإذا قَبَض ربُّ المالِ من ذلك ألفًا حُسِب من رَأس المالِ؛ لأنه مُقدَّمٌ في القِسمة، فيَظهَرُ أن الأُمَّ كلَّها رِبحٌ، فمَلَكَ الْمُضارِبُ نِصفَها.

فإن قِيل: لماذا لا تُجعَلُ الأمةُ رأسَ المالِ، وجَميعُ الولَدِ رِبحًا؟

قُلنا: لأن ما يَجِبُ على الوَلَد من السِّعاية من جِنس رأسِ المالِ، والأمةُ ليست من جِنس رأسِ المالِ، فكان تَعيينُ الألفِ من السِّعاية لرَأس المالِ أَولى.

وإذا مَلَك نِصفَها: نَفَذت تلك الدِّعوةُ، وصارت الأمةُ أُمَّ ولَدِه؛ لأن الاستِيلادَ إذا صادَف محَلًّا يَحتمِلُ التَّملُّكَ لا يَتجزَّأُ بالإجماع، وما نحن فيه كذلك، ويَملِكُ الْمُضارِبُ نَصيبَ ربِّ المالِ منها، ويَضمَنُه مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ التَّملُّكِ، فلا يَختلِفُ باليَسار والإعسارِ، ولا يَتوقَّفُ على الصُّنع والتَّعدِّي.

الا تَرى أن رَجُلَين لو وَرِثا أمةً هي أُمُّ ولَدِ أحَدِهما أنه يَضمَنُ لشَريكه نِصفَ قِيمتِها مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا، بخِلاف ضَمانِ العَتقِ؛ لأنه ضَمانُ إتلافٍ، فلا بُدَّ من الصُّنع، ولم يُوجَد.

ولَمّا لم يَضمَن في الوَلَد مع أنه مُوسِرٌ؛ لعَدَم الصُّنعِ.. فلأَن لا يَضمَنَ إذا كان مُعسِرًا أَولى.

---

(١) في (أ): احتسب.

(٢) مثبتة من (هـ).

بَابُ المُضَارِبِ يُضَارِبُ[1]

ضارَبَ بلا إذنٍ: لم يَضمَن، ما لم يَربَح(و)[2] الثّاني.

وإذا دَفَع الْمُضارِبُ المالَ إلى غَيره مُضارَبةً، ولم يَأذَن له ربُّ المالِ: لم يَضمَن بالدَّفع.

ولا يَتصرَّفُ الْمُضارِبُ الثّاني حتى يَربَحَ[3]، فإذا رَبِح ضَمِن الأوَّلُ لربِّ المالِ، وهذا رِوايةُ الحسَنِ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ -وهو ظاهِرُ الرِّوايةِ-: إذا عَمِل به ضَمِن، رَبِح أو لم يَربَح.

وقال زفرُ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَضمَنُ بالدَّفع إليه، عَمِل أو لم يَعمَل، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن الدَّفعَ على وَجه الإيداعِ مَملوكٌ له لا على وَجه الْمُضارَبةِ، فيَضمَنُ بالدَّفع؛ لأنه صار به مُخالِفًا[4].

ولهما: أن الخِلافَ لا يَتحقَّقُ بنَفس الدَّفعِ؛ لأن نفسَ الدَّفعِ إيداعٌ، وله وِلايةُ

---

(١) في (د): باب المضارب فيما يضارب.

(٢) في سوى (م): يعمل. ولعل اللفظين هنا في موضعهما، إلا أن لفظ (يربح) على مذهب الإمام، ولفظ (يعمل) على مذهب الصاحبين.

(٣) في (ب): يرجع.

(٤) في (هـ): لأن ضاربه مخالفًا.

الإيداعِ، فلا يَضمَنُ بدُون العمَلِ.

وله: أنه يَملِكُ الدَّفعَ للعَمَل فيه؛ لأنه يَملِكُ الإبضاعَ، فلا يَضمَنُ بالعَمَل ما لم يَربَح، فإذا رَبِح فقد أثبَت له شِرْكةً في المال، فيَصيرُ كخَلطه بغَيره، فيَجِبُ الضَّمانُ.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن الرِّبحَ إنما يَحصُلُ بالعَمَل، فيُقامُ سببُ حُصولِ الرِّبحِ مُقامَ حَقيقةِ حُصولِ الرِّبحِ في صَيرورة[1] المالِ مَضمونًا به، بخِلاف مُجرَّدِ الدَّفعِ؛ لأنه ليس بسَبَبِ حُصولِ الرِّبحِ ليُقامَ مُقامَ حُصولِه.

وهذا إذا كانت الْمُضارَبةُ الثّانيةُ صَحيحةً، فإن كانت فاسِدةً لا يَضمَنُ الأوَّلُ وإن عَمِل الثّاني؛ لأنه أجيرٌ فيه، والأجيرُ لا يَستحِقُّ شيئًا من الرِّبح، فلا تَثبُتُ الشِّرْكةُ له، وله أجرُ مِثلِه على الْمُضارِب الأوَّلِ، وللمُضارِب الأوَّلِ ما شُرِط له من الرِّبح.

ثم ربُّ المالِ بالخِيار، إن شاء ضَمَّن الأوَّلَ رأسَ مالِه؛ لأنه صار غاصِبًا بدَفعه إلى غَيره بغَير إذنِه، وإن شاء ضَمَّن الثّانيَ؛ لأنه قَبض مالَ غيرِه بغَير إذنِه.

وهذا ظاهِرٌ على أَصلِهما؛ لأنهما يُضمِّنان مُودَعَ الْمُودَعِ.

وأما عندَه[2]: فقد قِيل: يَنبَغي أن لا يُضمَّنَ الثّاني، كمُودَعِ الْمُودَعِ، وقِيل: يُضمَّنُ الثّاني عندَه أيضًا، بخِلاف مُودَعِ الْمُودَعِ.

والفرقُ: أن مُودَعَ الْمُودَعِ يَقبِضُه لِمَنفَعة الأوَّلِ لا لنَفسه، فلا يَضمَنُ، والْمُضارِبَ الثّانيَ يَعمَلُ فيه لنَفسه، فيَضمَنُ.

فإن ضَمِن الأوَّلُ صَحَّت الْمُضارَبةُ بينَ الأوَّلِ والثّانِي، والرِّبحُ بينَهما على ما شَرَطا؛ لأنه بأداء الضَّمانِ مَلَكه من حينِ صار مُخالِفًا، فصار كما لو دَفَع مالَ نفسِه

(١) في (ب): ضرورة.

(٢) في (د): غيره.

مُضارَبةً إلى الثّاني.

وإن ضَمِن الثّاني رَجَع على الأوّل بالضَّمان؛ لأنه التَزم له سَلامةَ الْمَقبوضِ عن الضَّمان، فإذا لم يَسلَم يَرجِعُ عليه بما لَحِقه من الضَّمان، كمُودَع الغاصِبِ، ولأنه مَغرورٌ من جِهَته في ضِمن العقدِ، فيَرجِعُ عليه بما لَحِقه من العُهدة، وتَصِحُّ الْمُضارَبةُ.

والرِّبحُ بينَ الْمُضارِبَين على ما شَرَطا؛ لأن الضَّمانَ استَقرَّ على الأوّل، فيَثبُتُ الْمِلكُ له، ويَطيبُ الرِّبحُ للثّاني؛ لأنه يَستحِقُّه بالعَمَل، ولا خُبثَ في عَمَله.

ولا يَطيبُ للأوَّل؛ لأنه يَستحِقُّه برَأس المالِ، والْمِلكُ في رَأس المالِ حَصَل بأَداء الضَّمانِ مُستنِدًا، فلا يَخلو عن نَوع خُبثٍ؛ لكَونه ثابِتًا من وجهٍ دونَ وجهٍ.

فإن دَفَع بإذنٍ بالثُّلُث، وقِيل له: (ما رَزَق اللهُ فبينَنا نِصفان): فللمالِك النِّصفُ، وللأوّل السُّدُس، وللثّاني الثُّلُثُ.

فإن دَفَع إليه ربُّ المالِ مُضارَبةً بالنِّصف، وأذِن له بأن يَدفعَه إلى غَيره، فدَفَعه بالثُّلُث، وقد تَصرَّف الثّاني ورَبِح:

فإن كان ربُّ المالِ قال له: (على أنَّ ما رَزَق اللهُ تَعالى فهو بينَنا نِصفان): فلربِّ المالِ النِّصفُ، وللمُضارِب الأوّلِ السُّدُسُ، وللمُضارِب الثّاني الثُّلُثُ؛ لأن دَفْعَه إلى الثّاني مُضارَبةً صَحّ؛ حيث كان بإذن ربِّ المالِ، إلا أن ربَّ المالِ شَرَط لنَفسه نِصفَ جَميعِ ما رَزَق اللهُ تَعالى، وما رَزَقه اللهُ تَعالى جَميعُ الرِّبحِ، فكان له نِصفُ جَميعِ الرِّبحِ، فلا يَكونُ للمُضارِب الأوّلِ أن يُوجِبَ شيئًا من ذلك لغَيره، بل يَجِبُ ما أوجَبه للثّاني، وهو ثُلُثُ الرِّبحِ، يَنصرِفُ إلى نَصيبه خاصّةً، فيَبقى له السُّدُسُ، ويَطيبُ لهما ذلك؛ لأن عمَلَ الثّاني وَقَع له، كمن استَأجَر رَجُلًا على خِياطة ثَوبٍ بدِرهَمٍ، فاستَأجَر الخيّاطُ من يَخيطُ بنِصف دِرهَمٍ.

ولو قِيل: (ما رَزَقك اللهُ): فللثاني ثُلُثُه، واستَويا فيما بَقِي.

ولو قال له: (على أن ما رَزَقك اللهُ تَعالى فهو بينَنا نِصفان): فللمُضارِب الثّاني الثُّلُثُ، والباقِي بينَ الْمُضارِبِ الأوّلِ وربِّ المالِ نِصفان؛ لأن ربَّ المالِ ما شَرَط لنَفسه نِصفَ جَميعِ الرِّبحِ، وإنما شَرَط لنَفسه نِصفَ ما يَحصُلُ للأوّل من الرِّبح، فاستَحقَّ الثّانِي جَميعَ ما شُرِط له، وما وراءَ ذلك جَميعُ ما حَصَل للمُضارِب الأوّلِ، وربُّ المالِ شَرَط لنَفسه نِصفَ ذلك، فلهذا كان الباقِي بينَهما.

ولو قِيل: (ما رَبِحتَ بينَنا نِصفان)، ودَفَع غيرَه بالنِّصف: فللثّانِي النِّصفُ، واستَويا فيما بَقِي.

ولو قال له: (فما رَبِحتَ من شيءٍ فبيني وبينَك نِصفان)، وقد دَفَع إلى غَيره بالنِّصف: فللثّانِي النِّصفُ، والباقِي بينَ الأوّلِ وربِّ المالِ؛ لأن الأوّلَ شَرَط للثّانِي نِصفَ الرِّبحِ، وهو مَأذونٌ فيه من جِهة ربِّ المالِ، فاستَحقَّه، وربُّ المالِ شَرَط لنَفسه نِصفَ ما رَبِح الأوّلُ، ولم يَربَح الأوّلُ إلا النِّصفَ، فكان بينَهما.

ولو قِيل: (ما رَزَق اللهُ فلي نِصفُه)، أو (ما كان من فضلٍ فبينَنا نِصفان)، فدَفَع بالنِّصف: فللمالِك النِّصفُ، وللثّانِي النِّصفُ، ولا شيءَ للأوّل.

ولو قال: (على أن ما رَزَق اللهُ تَعالى فلي نِصفُه)، أو قال: (فما كان من فضلٍ فبيني وبينَك نِصفان)، وقد دَفَع إلى آخرَ مُضارَبةً بالنِّصف: فلربِّ المالِ النِّصفُ، وللمُضارِب الثّانِي النِّصفُ، ولا شيءَ للمُضارِب الأوّلِ؛ لأن ربَّ المالِ شَرَط لنَفسه نِصفَ جَميعِ الرِّبحِ، فانصَرَف شرطُ الأوّلِ النِّصفَ للثّانِي إلى نَصيبه، فيَكونُ للثّانِي بالشَّرط، ولا شيءَ للأوّل؛ لأنه جَعَل ما كان له للثّانِي.

وهو كرَجُلٍ استأجر أجيرًا ليَخيطَ له ثوبًا بدِرهَمٍ، فاستأجر الأجيرُ رَجُلًا آخرَ ليَخيطَ له بدِرهَمٍ، فإنه لا يَسلَمُ للأوَّل شيءٌ، حيث عَقَد على جَميع حقِّه.

ولو شُرِط للثّانِي ثُلُثاه[1]: ضَمِن سُدُسًا.

فإن شَرَط للمُضارِب الثّانِي ثُلُثَي الرِّبحِ: فلربِّ المالِ النِّصفُ، وللمُضارِب الثّانِي النِّصفُ، ويَضمَنُ الْمُضارِبُ الأوَّلُ للثّانِي سُدُسَ الرِّبحِ في ماله؛ لأنه شَرَط للثّانِي شيئًا هو مُستحَقٌّ لربِّ المالِ، فلم يَنفُذ في حقِّ ربِّ المالِ، ووَجَب عليه الضَّمانُ بالتَّسمِية؛ لأنه التَزَم السَّلامةَ، فإذا لم يَسلَم رَجَع عليه.

وهو كمن استَأجَر رَجُلًا ليَخيطَ له ثوبًا بدِرهَمٍ، فاستَأجَر الأجيرُ رَجُلًا آخرَ ليَخيطَه بدِرهَمٍ ونِصفٍ، فإنه يَضمَنُ له زِيادةَ الأجرِ، ولأنه غَرَّه بالتَّسمِية، والغُرورُ في العُقود مُوجِبٌ للضَّمان.

وإن شُرِط للمالِك ثُلُثُه، ولعَبده ثُلُثُه على أن يَعمَلَ معه، ولنَفسه ثُلُثُه: صحّ.

وإن شُرِط في الْمُضارَبة ثُلُثُ الرِّبحِ لربِّ المالِ، وثُلُثُه لعبد ربِّ المالِ بشَرط أن يَعمَلَ العبدُ مع الْمُضارِبِ، وثُلُثُه للمُضارِب: صَحّ؛ لأن اشتِراطَ العمَلِ على العَبد لا يَمنَعُ التَّخليةَ والتَّسليمَ؛ لأن للعَبد يدًا مُعتبَرةً، وهو مُنفرِدٌ بيَده عن ربِّ المالِ، خُصوصًا إذا كان مَأذونًا، واشتِراطُ العمَلِ عليه إذنٌ له.

ألا تَرى أنه ليس للمَولى أن يَستردَّ ما أودَعه العبدُ من يَد الْمُودَعِ، وإن كان مَحجورًا عليه، ويَجوزُ بيعُ الْمَولى من عَبده الْمَأذونِ، وإذا لم يَمنَع التَّخليةَ لا يَمنَعُ الصِّحّةَ، ولا كذلك اشتِراطُ العمَلِ على ربِّ المالِ؛ لأنه يَمنَعُ التَّخليةَ.

---

(١) في (س): ثلثيه.

وإذا صَحَّت المُضارَبةُ: كان ثُلُثُ الرِّبحِ للمُضارِب؛ لأن المَشروطَ له هذا القَدْرُ، والثُّلُثان لربِّ المالِ إن[1] لم يكن على العَبد دَينٌ؛ لأن ما شُرِط للعَبد فهو لسَيِّده، وإن كان عليه دَينٌ فهو للغُرَماء؛ لأنه لَمّا شَرَط عمَلَ العبدِ صار الثُّلُثُ من مَكاسِب العبدِ.

هذا إذا كان العاقِدُ هو المَولى، ولو عَقَد العبدُ المَأذونُ عقدَ المُضارَبةِ مع أجنَبيٍّ، وشَرَط العمَلَ على المَولى: لا يَصِحُّ إن لم يكن عليه دَينٌ؛ لأن هذا شرطُ العمَلِ على المالِك، وإن كان على العَبد دَينٌ صَحَّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن المَولى كالأجنَبيِّ عندَه.

---

(١) في (هـ): وإن.

فصل في العزل والقسمة

وتَبطُلُ بمَوت أحَدِهما، ولُحوقِ المالِكِ مُرتَدًّا.

وتَبطُلُ الْمُضارَبةُ بمَوت ربِّ المالِ أو الْمُضارِبِ؛ لأنها تَوكيلٌ، وموتُ الْمُوكِّلِ أو الوَكيلِ يُبطِلُ الوَكالةَ، ولا تُورَثُ الوَكالةُ.

وبلُحوق ربِّ المالِ مُرتدًّا بدار الحربِ؛ لأنه كالْمَوت، حتى يُقسَمُ مالُه بينَ وَرَثتِه، ويَعتِقُ مُدبَّرُه وأُمُّ ولَدِه.

وقبلَ[1] لُحوقِه يَتوقَّفُ تَصرُّفُ مُضارِبِه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ على النَّفاذ بالإسلام، أو البُطلانِ بالْمَوت أو القتلِ؛ لأن عندَه لو تَصرَّف ربُّ المالِ بنَفسه يَكونُ مَوقوفًا، فكذا الْمُضارِبُ؛ لأنه يَتصرَّفُ له.

ولو كان الْمُضارِبُ هو الْمُرتدَّ فالْمُضارَبةُ على حالها عندَهم؛ لأن عندَه: إنما تَتوقَّفُ تَصرُّفاتُه لِمَكان التَّوقُّفِ في أَملاكه، ولا مِلكَ له هنا في مال الْمُضارَبةِ، وله عِبارةٌ صَحيحةٌ، ولا تَتوقَّفُ في مِلك ربِّ المالِ، فبَقِيت الْمُضارَبةُ.

ويَنعزِلُ بعِلمه بعَزْله، وإن عَلِم والمالُ عُروضٌ: يَبيعُها، ثم لا يَتصرَّفُ في ثَمَنها، كما لو من جِنس رأسِ المالِ.

فإن عَزَل ربُّ المالِ الْمُضارِبَ، ولم يَعلَم بعَزله حتى اشتَرى وباع: فتَصرُّفُه جائزٌ؛ لأنه وَكيلٌ من جِهَته، فيَنعزِلُ بعِلمه بعَزله؛ لأن انعِزالَ الوَكيلِ بالعَزل القَصديِّ يَتوقَّفُ

(١) في (هـ): وقيل.

على عِلمه؛ لأن العزلَ نهيٌ، والأحكامُ الْمُتعلِّقةُ بالأمر لا يُؤثِّرُ فيها النَّهيُ إلا بعدَ العِلمِ، دَليلُه: أوامِرُ الشَّرعِ ونَواهِيه.

وإن عَلِم بعَزله والمالُ عُروضٌ: فله أن يَبيعَها، ولا يَمنَعُه العزلُ عن ذلك؛ لأن حقَّه ثَبَت بالرِّبح، وإنما يَظهَرُ بالقِسمة، وقِسمةُ الرِّبحِ تَفتقِرُ إلى أن يَنِضّ[1] رأسُ المالِ، وذا بالبَيع، ثم لا يَجوزُ أن يَشتريَ بثَمَنها شيئًا آخرَ؛ لأن العزلَ إنما لم يَعمَل ضَرورةً ليُعلَمَ رأسُ المالِ، فلما صار نقدًا زالت الضَّرورةُ، فعَمِل العزلُ عمَلَه.

ولو كان مالُ الْمُضارَبةِ من جِنس رأسِ المالِ لم يَجُز له أن يَتصرَّفَ فيه؛ لأنه لا ضَرورةَ، وإن لم يكن من جِنس رأسِ المالِ، بأن كان دَراهِمَ، ورأسُ المالِ دَنانيرَ، أو بالعَكس: له أن يَبيعَها بجِنس رأسِ المالِ استِحسانًا.

والقِياسُ: أن لا يَجوزَ تَصرُّفُه؛ لثُبوت الْمُجانَسةِ بينَهما من حيث الثَّمنيّةُ، فصار كأن رأسَ المالِ قد تَعيَّن.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الواجِبَ على الْمُضارِب أن يَرُدَّ مِثلَ رأسِ المالِ، وذا لا يُمكِنُ إلا أن يَبيعَ ما في يَده بجِنس رأسِ المالِ، فصار كالعُروض.

وعلى هذا: موتُ ربِّ المالِ، ولُحوقُه بعدَ الرِّدّةِ في بَيع العُروضِ ونحوِها.

ولو افترَقا وفي المال دُيونٌ ورِبحٌ: أُجبِر على قَبضها، وبلا رِبحٍ لا، ويُوكِّلُ المالِكَ، والهالِكُ من الرِّبح، فإن زاد لم يَضمَن.

---

(١) نض الثمن: حصل وتعجل، وقال ابن القوطية: نض الشيء: حصل، والناض من الماء: ما له مادة وبقاء، وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضًا وناضًا، قال أبو عبيد: إنما يسمونه ناضًا إذا تحول عينًا بعد أن كان متاعًا لأنه يقال: ما نض بيدي منه شيء أي ما حصل، وخذ ما نض من الدين: أي ما تيسر، وهو يستنض حقه: أي يتنجزه شيئًا بعد شيء. «المصباح» ٢/ ٦١٠.

ولو افترَقا وفي المال دُيونٌ، وقد رَبِح الْمُضارِبُ فيه: أجبَره الحاكِمُ على اقتِضاء الدُّيونِ؛ لأنه بمَنزِلة الأجيرِ؛ لأنه إنما استَحقَّ الرِّبحَ بإزاء عمَلِه، فصار الرِّبحُ له كالأُجرة، وقد سَلِم له بدَلُ عمَلِه، وهو الرِّبحُ، فيُجبَرُ على إتمام العمَلِ، ومن إتمام العمَلِ استيفاءُ ما وَجَب من الدُّيون على النّاس.

وإن لم يكن في المال رِبحٌ لم يَلزَمه الاقتِضاءُ؛ لأنه وَكيلٌ[1] محضٌ، والوَكيلُ مُتبرِّعٌ، والْمُتبرِّعُ لا يُجبَرُ على إتمام ما تَبرَّع به، ويُقالُ له: (وَكِّل[2] ربَّ المالِ في الاقتِضاء)؛ لأن حُقوقَ العقدِ تَتعلَّقُ بالعاقِد، فلم يكن لربِّ المالِ الْمُطالَبةُ بالدُّيون فيما عَقَده الْمُضارِبُ إلا بتَوكيله إيّاه، فأمَر بالتَّوكيل لتَصِحَّ مُطالَبةُ ربِّ المالِ؛ كيلا يَضيعَ حقُّه.

فإن قِيل: الْمُضارِبُ يَجِبُ عليه ردُّ رأسِ المالِ على الصِّفة التي أخَذه، فيَجِبُ أن يَقتضِيَه[3] حتى يَكونَ الرَّدُّ بمِثل ما أخَذ.

قُلنا: الواجِبُ عليه رفعُ يدِه لا التَّسليمُ، كالْمُودَع، فإذا أَحال به -أي وَكَّله به- فقد أَزال يدَه عنه.

وعلى هذا: كلُّ وَكيلٍ بالبَيع إذا امتَنَع من التَّقاضِي لا يُجبَرُ على التَّقاضِي، ولكن يُجبَرُ على أن يُحيلَ ربَّ المالِ بالثَّمَن على الْمُشتَري، وكذا الْمُستبضِعُ.

وأما الذي يَبيعُ بالأجر، كالبَيّاع والسِّمسارِ: فإنه يَجعَلُ ذلك بمَنزِلة الإجارةِ الصَّحيحةِ بحُكم العادةِ، فيُجبَرُ على التَّقاضِي والاستيفاءِ؛ لأنه وَصَل إليه بدَلُ عمَلِه، فهو[4] كالْمُضارِب إذا كان في المال رِبحٌ.

---

(١) في (هـ): توكيل.

(٢) في (ب): وكيل.

(٣) في (هـ): يقبضه.

(٤) في (هـ): وهو.

وما هَلَكَ من مال الْمُضارَبةِ فهو من الرِّبح دونَ رأسِ المالِ؛ لأن الرِّبحَ تابعٌ، ورأسَ المالِ أصلٌ؛ لتَصوُّر رأسِ المالِ بدُونه، وعدَمِ تَصوُّرِه بدُون رأسِ المالِ.

والهَلاكُ يُصرَفُ إلى التَّبَع[1] دونَ الأصلِ، كما يُصرَفُ الهَلاكُ في مال الزَّكاةِ إلى العَفو دونَ النِّصابِ؛ لأن العفوَ تَبَعٌ.

فإن زاد الهالِكُ على الرِّبح فلا ضَمانَ على الْمُضارِب؛ لأنه أمينٌ، فلا يَكونُ ضَمينًا؛ لِما بينَهما من الْمُنافاة.

وإن قُسِم الرِّبحُ، وبَقِيَت الْمُضارَبةُ، وهَلَكَ المالُ، أو بعضُه: تَرادَّا[2] الرِّبحَ ليَأخُذَ رأسَ مالِه، وما فَضَل قُسِم، وما نَقَص لم يَضمَن الْمُضارِبُ.

وإن اقتَسَما الرِّبحَ والْمُضارَبةُ بحالها، ثم هَلَكَ المالُ أو بعضُه: تَرادَّا الرِّبحَ، حتى يَأخُذَ ربُّ المالِ رأسَ مالِه؛ لأن الأصلَ أنه لا يَصِحُّ قِسمةُ الرِّبحِ حتى يَستوفيَ ربُّ المالِ رأسَ المالِ؛ لأن الرِّبحَ زِيادةٌ على الشَّيء، والزِّيادةُ على الشَّيء لا تَكونُ إلا بعدَ سَلامةِ الأصلِ.

فإذا هَلَكَ ما في يَد الْمُضارِبِ أمانةً ظَهَر أن ما أخَذاه من رَأس المالِ، فيَضمَنُ الْمُضارِبُ ما أخَذه؛ لأنه أخَذه لنَفسه، وما أخَذه ربُّ المالِ مَحسوبٌ من رَأس المالِ.

وإذا استَوفى رأسَ المالِ.. فإن فَضَل شيءٌ: كان بينَهما؛ لأنه رِبحٌ، وإن نَقَص شيءٌ: لم يَضمَن الْمُضارِبُ؛ لأنه أمينٌ.

وإن فُسِخت، فعَقَداها، فهَلَكَ المالُ: لم يَترادَّا[3] الرِّبحَ، ويُزادُ(م) سُدُسَ الرِّبحِ

---

(١) في (هـ): البيع.

(٢) في سوى (س): تراد.

(٣) في سوى (س): تراد.

للمُضارِب بعدَما قُسِم.

ولو اقتَسَما الرِّبحَ، وفَسَخا الْمُضارَبةَ، ثم عَقَداها، فهَلَك المالُ: لم يَترادّا الرِّبحَ الأوَّلَ؛ لأن الْمُضارَبةَ الأُولى قد انتَهَت، والثّانيةَ عقدٌ جديدٌ، فهَلاكُ المالِ في العَقد الثّانِي لا يُوجِبُ انتِقاضَ الأوَّلِ، كما لو دَفَع إليه مالًا آخرَ.

وإذا اقتَسَما الرِّبحَ، وأخَذ ربُّ المالِ رأسَ مالِه، ثم زاد ربُّ المالِ سُدُسَ الرِّبحِ للمُضارِب: يَجوزُ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ، كالْمُضارِب إذا زاد لربِّ المالِ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجوزُ؛ لأن العقدَ لم يَبقَ، فلا تَصِحُّ الزِّيادةُ، كما لو زاد في الثَّمَن بعدَ هَلاكِ الْمَبيعِ، أو زاد في الأَجر بعدَ تَمامِ العمَلِ.

قُلنا: العقدُ انتَهى، والْمُنتَهي مُتقرِّرٌ في نَفسه.

فصل في ما يفعله المضارب

ويَجوزُ للمُضارِب أن يَبيعَ بالنَّقد والنَّسيئةِ؛ لأنه من عادة التُّجّارِ، وقد مَرّ.

وليس له أن يَبيعَ إلى أجَلٍ لا يَبيعُ التُّجّارُ[1] إليه؛ لأن له الأمرَ الْمُعتادَ فيما بينَهم دونَ ما هو خارِجٌ عن عادتهم؛ ألا تَرى أن له أن يَشتريَ دابّةً للرُّكوب، وليس له أن يَشتريَ سَفينةً للرُّكوب؛ لجَرَيان العادةِ في الأوّل دونَ الثّاني، وله أن يَستكرِيَها؛ لِمَكان العادةِ.

وله أن يَأذَنَ لعَبد الْمُضارَبةِ في التِّجارة في الْمَشهور من الرِّواية؛ لأنه من عادة التُّجّارِ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَملِكُ ذلك بإِطلاق[2] العقدِ؛ لأن الإذنَ في التِّجارة مِثلُ الْمُضارَبةِ، فلا يَملِكُه بمُقتضاها.

وإن باع شيئًا ثم أخَّر الثَّمَنَ: جاز إجماعًا.

أما عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: فلأن الوَكيلَ بالبَيع يَملِكُ ذلك، فالْمُضارِبُ أحقُّ؛ لأنه شَريكٌ، أو بعَرَضيّةِ أن يَصيرَ شَريكًا، فكان أصيلًا من وجهٍ، إلا أن الوَكيلَ يَضمَنُ إذا أخَّر، والْمُضارِبَ لا يَضمَنُ؛ لأن الْمُضارِبَ يَملِكُ أن يُقابِلَ العقدَ ثم يَبيعَه نَسيئةً، والوَكيلَ لا يَملِكُ البيعَ بالنَّسيئة بعدَ الإقالةِ، وإن مَلَكَ الإقالةَ عندَهما.

---

(١) في (ب): لأنه لا يبيع التجار إليه، وفي (هـ): لأن بيع التجار.

(٢) في (ب): لإطلاق.

وأما عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فلأن الْمُضارِبَ يَملِكُ الإقالةَ ثم البيعَ بالنَّسيئة، بخِلاف الوَكيلِ؛ فإنه لا يَملِكُ الإقالةَ.

ولو احتَال بالثَّمن على رجلٍ أيسَرَ أو أعسَرَ: جاز؛ لأنه يَحتاجُ التُّجّارُ إليه، بخِلاف الأبِ أو الوصِيِّ إذا احتَال بمال اليَتيمِ؛ حيث يُعتبَرُ فيه الأنظَرُ؛ لأن تَصرُّفَهما مُقيَّدٌ بشَرط النَّظَرِ، ولا نظَرَ في قَبول الحَوالةِ على الأعسَر، وأما تصرف المضارب فيبتنى على عادة التِّجارةِ.

والأصلُ: أن التَّصرُّفاتِ في الْمُضارَبة ثَلاثةُ أقسامٍ:

قِسمٌ هو من باب الْمُضارَبةِ وتَوابِعِها، فيَملِكُه الْمُضارِبُ بمُطلَق الْمُضارَبةِ من غَير أن يَقولَ له ربُّ المالِ: (اعمَل برَأيك)، كالتَّوكيل بالبَيع والشِّراءِ، والرَّهنِ والارتِهانِ -لأن الرَّهنَ إيفاءٌ والارتِهانَ استيفاءٌ-، والإجارةِ، والاستِئجارِ، والإيداعِ، والإبضاعِ، والْمُسافَرةِ.

وقِسمٌ لا يَملِكُه بمُطلَق عقدِ الْمُضارَبةِ، ويَملِكُه إذا قِيل له: (اعمَل برَأيك)، وهو ما يَحتمِلُ أن يُلحَقَ به لكَونه سببَ حُصولِ الرِّبحِ، فيُلحَقُ به عندَ وُجودِ الدَّلالةِ، وذلك كدَفع المالِ إلى غَيره مُضارَبةً أو شِركةً، وخلطِ مالِ الْمُضارَبةِ بماله أو بمال غيرِه، فإنه لا يَملِكُ ذلك بمُطلَق الْمُضارَبةِ؛ لأن ربَّ المالِ لم يَرضَ بشِرْكة غيرِه، وهو أمرٌ زائِدٌ على ما تَقومُ به التِّجارةُ، فلم يَتناوَله مُطلَقُ عقدِ الْمُضارَبةِ، ولكنه يَحتمِلُ أن يُلحَقَ به؛ لأنه جِهةٌ في التَّثمير[1]، فإذا قِيل له: (اعمَل برَأيك) مَلَك ذلك.

وقِسمٌ لا يَملِكُه بمُطلَق العقدِ، ولا بقَوله: (اعمَل برَأيك)، إلا أن يَنُصَّ عليه ربُّ المالِ، وهو ما ليس من الْمُضارَبة، ولا يَحتمِلُ أن يُلحَقَ بها.. كالاستِدانة على

(١) في (د): لأنه جهته، (هـ): لأنه من جهة التمييز.

الْمُضارَبة، وهو أن يَشتريَ بالدَّراهِم والدَّنانيرِ بعدَما اشتَرى برَأس المالِ سِلعةً؛ لأن الاستِدانةَ تَصرُّفٌ بغَير رأسِ المالِ، والتَّوكيلَ مُقيَّدٌ برَأس المالِ، فلا يَملِكُها الْمُضارِبُ إلا بالتَّنصيص عليه، وعندَ التَّنصيصِ عليه يُعتبَرُ هذا التَّصرُّفُ بنَفسه، فيَصيرُ بمَنزِلة شِرْكةِ الوُجوهِ، ولا يَكونُ مُضارَبةً؛ إذ ليس لواحِدٍ[1] منهما فيه رأسُ المالِ، فيَكونُ الْمُشتَرى بينَهما نِصفَين، والدَّينُ عليهما نِصفَين، ولا يَتغيَّرُ مُوجَبُ الْمُضارَبةِ؛ لأن هذه شِرْكةُ وُجوهٍ ضُمَّت إلى الْمُضارَبة، فلم يَتغيَّرْ مُوجَبُ الْمُضارَبةِ، فكان الرِّبحُ الحاصِلُ من مال الْمُضارَبةِ على ما اشترَطا.

وأخذِ السَّفاتجِ؛ لأنه نوعُ استِدانةٍ، وإعطائِها؛ لأنه إقراضٌ[2].

والعَتقِ بمالٍ وبغَير مالٍ، والكِتابةِ، والإقراضِ، والهِبةِ، والصَّدقةِ؛ لأنها تَبرُّعاتٌ مَحضةٌ.

ولا يُزوِّجُ عبدًا أو أمةً، خِلافًا لأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيها، وقد مَرّ.

ولا تَفسُدُ(ن) بالدَّفع إلى المالِك بِضاعةً، أو مُضارَبةً.

فإن دَفَع الْمُضارِبُ مالَ الْمُضارَبةِ أو شيئًا منه إلى ربِّ المالِ بِضاعةً، فاشتَرى ربُّ المالِ وباع: فهي مُضارَبةٌ بحالها، ولا تَفسُدُ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَفسُدُ الْمُضارَبةُ؛ لأن ربَّ المالِ مُتصرِّفٌ في مال نفسِه، فلا يَصلُحُ وَكيلًا فيه؛ لأن المرءَ فيما يَعمَلُ في مِلكه لا يَصلُحُ وَكيلًا لغَيره، فصار مُستردًّا، ولهذا لا يَصِحُّ شرطُ العمَلِ عليه ابتِداءً.

ولنا: أن الشَّرطَ هو التَّخليةُ، وقد تَحقَّقت، والإبضاعُ تَوكيلٌ بالتَّصرُّف، والتَّصرُّفُ

(١) في (هـ): واحد.

(٢) في (ج): نوع إقراض.

حقُّ الْمُضارِبِ، فصَحَّ التَّوكيلُ به، كما لو وَكَّل أجنبيًّا.

ولَمّا صَحَّ[1] وَكيلًا لم يكن أخذُه استِردادًا، بل انتَقَل عملُ ربِّ المالِ إلى الْمُضارِب، وصار كأن الْمُضارِبَ عَمِل بنفسه، فلم تَنتقِض الْمُضارَبةُ، بخِلاف ما لو شَرَط عمَلَ ربِّ المالِ ابتِداءً؛ لأن ذا يَمنَعُ التَّخليةَ التي هي شرطُ صِحّةِ الْمُضارَبةِ.

ولو دَفَع الْمُضارِبُ المالَ إلى ربِّ المالِ مُضارَبةً: لا تَصِحُّ الْمُضارَبةُ الثّانيةُ، ولا تَفسُدُ الْمُضارَبةُ الأُولى عندَنا، ويَكونُ الرِّبحُ بينَهما على ما شَرَطا في الْمُضارَبة الأُولى.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَنفسِخُ الْمُضارَبةُ الأُولى بدَفع المالِ إلى ربِّ المالِ؛ لِما مَرّ.

ولنا: أن الْمُضارَبةَ تَنعقِدُ شِرْكةً على مال ربِّ المالِ وعمَلِ الْمُضارِبِ، ولا مالَ للمُضارِب هنا، فتَجويزُها يُؤدِّي إلى قَلب الْمَوضوعِ.

فإذا لم تَصِحَّ الثّانيةُ بَقِي عمَلُ ربِّ المالِ بأَمر الْمُضارِبِ، فلا تَبطُلُ به الْمُضارَبةُ الأُولى.

فإن سافَر: فطَعامُه، وشَرابُه، وكِسوتُه، ورُكوبُه كِراءً وشِراءً: في مال الْمُضارَبةِ، بخِلاف الْمِصرِ وقَريبِه[2]، والدَّواءِ.

فإن سافَر الْمُضارِبُ فطَعامُه، وشَرابُه، وكِسوتُه، ودُكّانُه كِراءً أو شِراءً: في مال الْمُضارَبةِ.

وإن عَمِل الْمُضارِبُ في الْمِصر أو في قَريب الْمِصرِ: فليست نَفَقتُه في المال، وكذا الدَّواءُ لا يَكونُ في المال[3].

---

(١) في (ج): صلح.

(٢) أي قريب المصر، وفي (م): وقريته، وفي (ف): وقرية.

(٣) في (هـ): لا يكون إلا في المال.

والأصلُ: أن النَّفَقةَ إنما تَجِبُ بالاحتِباس، كالْمَرأة تَستوجِبُ النَّفَقةَ باحتِباسها في مَنزِل الزَّوجِ، والقاضِي يَستوجِبُ الكِفايةَ في مال بيتِ المالِ؛ لكَونه مَحبوسًا لِمَصالِح العامّةِ، والْمُضارِبُ في مِصره ساكِنٌ بالسُّكنى الأصليِّ لا للمُضارَبة، فلم تكن نَفَقتُه في المال، فأما إذا سافَر: فقد صار مَحبوسًا بالعَمَل للمُضارَبة، فوَجَبت النَّفَقةُ في مالها لأَجل الاحتِباسِ به.

وهذا بخِلاف الأجيرِ؛ لأنه يَعمَلُ ببدَلٍ، فكان البدَلُ واجِبًا له لا مَحالةَ، فلا يَتضرَّرُ بالإنفاق من مال نفسِه، أما الْمُضارِبُ: فيَستحِقُّ الرِّبحَ، والرِّبحُ قد يَحصُلُ وقد لا يَحصُلُ، فأوجَبنا النَّفَقةَ في مال الْمُضارَبةِ؛ كيلا يَتضرَّرَ بالإنفاق من مال نفسِه.

وبخِلاف الْمُضارَبةِ الفاسِدةِ؛ لأنه أجيرٌ، فلا يَستوجِبُ النَّفَقةَ.

وبخِلاف البِضاعةِ؛ لأنه مُتبرِّعٌ بالعَمَل، فلا تَجِبُ له النَّفَقةُ، وبخِلاف الشَّريكِ؛ لأنه لم يَجْرِ التَّعارُفُ أن الشَّريكَ العامِلَ يُنفِقُ على نَفسه من مال الشَّريكِ الآخرِ.

فلو بَقِي شيءٌ في يَده بعدَما قَدِم مِصرَه رَدَّه في الْمُضارَبة؛ لأن الاستِحقاقَ قد تَمَّ[1].

ولو كان خُروجُه دونَ السَّفرِ.. إن كان بحيث يَغدو ثم يَروحُ إلى مَنزِله: فهو كالسُّوقيِّ في الْمِصر؛ لأن أهلَ السُّوقِ يَتَّجِرون في الْمِصر، ثم يَبيتُون في مَنازِلهم.

وإن كان بحيث لا يَبيتُ بأَهله: فنَفَقتُه في مال الْمُضارَبةِ؛ لأن خُروجَه قد صار للمُضارَبة هنا، فصار كالخُروج للسَّفَر.

والنَّفقةُ: ما يُصرَفُ إلى الحَاجة الرّاتبةِ، وهو ما ذَكَرنا من الطَّعام والشَّرابِ والكِسوةِ.

ومن ذلك: غسلُ ثِيابِه، وأُجرةُ أجيرٍ يَخدُمُه، وعَلَفُ دابّةٍ يَركَبُها، والدُّهنُ في مَوضِعٍ

(١) في (هـ): قديم.

يَحتاجُ إليه كالحِجاز، وأُجرةِ الحمّامِ والحلّاقِ.

فإن قِيل: أُجرةُ الحمّامِ والحلّاقِ مما لا يُحتاجُ إليه في عُموم الأوقاتِ، والنَّفَقةُ ما لا بُدَّ للإنسان منه في عُموم الأوقاتِ، فيَنبَغي أن لا يَكونَ واجِبًا، كأُجرة الحجّامِ والفصّادِ.

قُلنا: إنما أوجَبناه في مال الْمُضارَبةِ: لأنه من صَنيع التُّجّارِ؛ فإنهم يَحلِقون رُؤوسَهم، ويُنظِّفون ثِيابَهم وأبدانَهم عن الأَوساخ، ويَقُصُّون شَوارِبَهم؛ لتَزدادَ رَغبةُ النّاسِ في الْمُبايَعة معهم، فإن الإنسانَ متى كان طَويلَ الشّاربِ والشَّعرِ، وَسِخَ الثِّيابِ.. يُعَدُّ من الْمَفالِيس والصَّعاليكِ، فيَقِلُّ مُعامِلوه، ومتى كان نَظيفَ الثِّيابِ نَقِيَّ الأطرافِ يُعَدُّ من الْمَياسِير، فيَكثُرُ مُعامِلوه، فاندَرَج أجرُ الحمّامِ والحلّاقِ تحتَ النَّفَقةِ بهذا الاعتِبارِ.

وإنما يُطلَقُ في جَميع ذلك بالْمَعروف، حتى يَضمَنُ الفضلَ إن جاوَزه؛ اعتِبارًا للمُعتاد فيما بينَ التُّجّارِ.

أما الدَّواءُ: ففي ماله في ظاهِر الرِّوايةِ.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَااللَّهُ: أن الدَّواءَ في مال الْمُضارَبةِ؛ لأنه لإصلاح بدَنِه، ويُمكِّنُه من العَمَل، فصار كالنَّفَقة.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن الحاجةَ إلى النَّفَقة مَعلومٌ وُقوعُها، بخِلاف الدَّواءِ؛ لأنه بعارِض المرَضِ، وقد يَمرَضُ وقد لا يَمرَضُ، فلا يَكونُ من جُملة النَّفَقةِ؛ ألا تَرى أن نَفقةَ الْمَرأةِ على الزَّوج، ودَواءَها في مالها.

فإن رَبِح: أخَذ ما أنفَق من رَأس مالِه.

فإن رَبِح الْمُضارِبُ أخَذ ربُّ المالِ ما أنفَق من رَأس المالِ، أي الذي أنفَق الْمُضارِبُ من رَأس المالِ يَدفَعُه ربُّ المالِ أوّلًا، ثم يُقسَمُ الرِّبحُ إن بَقِي؛ لأن قِسمةَ

الرِّبحِ إنما شُرِعت بعدَ تَسليمِ رأسِ المالِ.

فإن رابَح الْمَتاعَ: حَسَب ما أنفَق عليه، لا على نَفسه.

فإن باع الْمَتاعَ مُرابَحةً، وقد أنفَق على نَفسه وعلى المال[1]: حَسَب ما أنفَق على الْمَتاع من الحَمل ونحوِه، ولا يَحسِبُ ما أنفَق على نَفسه.

لأن الأصلَ: أن كلَّ مُؤنةٍ تَعارَف التُّجّارُ إلحاقَها برَأس المالِ في بَيع الْمُرابَحةِ: فللمُضارِب أن يَضُمَّ[2] ذلك إلى رَأس المالِ، ويَبيعَ الْمَتاعَ مُرابَحةً على الكلِّ بلا بَيانٍ، وكلَّ مُؤنةٍ لم يَتعارَفوا إلحاقَها برَأس المالِ فليس للمُضارِب أن يَضُمَّها إلى رَأس المالِ.

وقد تَعارَف التُّجّارُ بإلحاق ما أنفَقوا على الْمَتاع برَأس المالِ، ولم يَتعارَفوا إلحاقَ ما أنفَقوا على أنفُسهم برَأس المالِ.

ولأن كلَّ ما يَزيدُ في عَين الْمَبيعِ، كالصِّبغ ونحوِه، أو في قِيمته، كالحَمْل -لأن القِيمةَ تَختلِفُ باختِلاف الأماكِنِ- يُلحَقُ به، والأوَّلُ يُوجِبُ زِيادةً في القِيمة دونَ الثّانِي.

ولو أثمَن الكلَّ، واستَقرَض للحَمْل: رابَح عليهما(س م).

ولو اشتَرى بكلِّ رأسِ المالِ -وهو ألفٌ- ثِيابًا، واستَقرَض مِائةً للحَمْل، فحَمَلها إلى مِصرٍ: رابَح على ألفٍ ومِائةٍ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنها قامت عليه بذلك.

فإن باعها بألفَين كانت عشَرةُ أسهُمٍ من ذلك حِصّةَ الْمُضارَبةِ على شَرطهما[3]، وسهمٌ للمُضارِب خاصّةً؛ لأنه استَقرَضه لنَفسه، والكِراءُ في ماله خاصّةً؛ لأن الْمَأمورَ

(١) في (هـ): وعلى المتاع.

(٢) في (د): أن يضمن.

(٣) في (هـ): شرطها.

بالاستِقراض يَصيرُ مُستقرِضًا لنَفسه، فكانت حِصّةُ ذلك من الثَّمَن له خاصّةً.

وعندَهما: يَبيعُ الثِّيابَ مُرابَحةً على الأَلف لا غيرُ، والثَّمَنُ كلُّه على الْمُضارَبة؛ لأنه مُتطوِّعٌ بالكِراء؛ لأنه فَعَل بغَير إذنٍ، فصار كاستِكراء الأجنَبيِّ، وذا لا يُضَمُّ إجماعًا؛ لكَونه مُتطوِّعًا.

وإن حَمَل، أو قَصَر.. بماله، وقِيل له: (اعمَل برَأيك): فمُتطوِّعٌ.

فإن كان مع الْمُضارِبِ ألفٌ، فاشتَرى به[1] مَتاعًا، وحَمَله بماله، أو قَصَره بماله، وقد قِيل له: (اعمَل برَأيك): فهو مُتطوِّعٌ؛ لأنه استَدان على الْمُضارَبة بعدَ استِغراقِ رأسِ المالِ، فلم يَنفُذ على ربِّ المالِ إذا لم يُصرِّح بالأَمر، فصار به مُتبرِّعًا.

وكذا إن زاد في الثَّمَن، ورابَح عليه دونَ الزِّيادةِ.

وكذا إن زاد الْمُضارِبُ من ماله في ثَمَن ما اشتَرى بمال الْمُضارَبةِ: فهو تَطوُّعٌ منه، ويَلزَمُ[2] الزِّيادةُ عليه في ماله دونَ مالِ الْمُضارَبةِ؛ لأنه لو لَزِم الْمُضارَبةَ لصار مُستدِينًا على ربِّ المالِ بغَير رِضاه، وهو لا يَملِكُ ذلك، ويَبيعُ مُرابَحةً على الثَّمَن دونَ الزِّيادةِ.

وإن صَبَغ أحمَرَ: فشَريكٌ، ولا يَضمَنُ.

وإن صَبَغ ذلك الْمَتاعَ أحمرَ فهو شَريكٌ بما زاد الصِّبغُ فيه، ولم يَضمَن الْمَتاعَ؛ لأنه خَلَط مالَه بمال الْمُضارَبةِ؛ إذ الصِّبغُ عَينُ مالٍ قائِمٍ، فلو بِيع الْمَتاعُ كان ما يَخُصُّ قِيمةَ الصِّبغِ للمُضارِب، وما يَخُصُّ الثَّوبَ الأبيضَ على الْمُضارَبة، حتى إذا كانت قِيمةُ الْمَتاعِ غيرَ مَصبوغٍ ألفًا، ومَصبوغًا ألفًا ومِائتَين: كان الألفُ للمُضارَبة، ومِائتا دِرهَمٍ

(١) في (ب): منه.

(٢) في (د): ويلزمه.

للمُضارِب بدَلُ مالِه، وهو الصِّبغُ.

بخِلاف القِصارةِ والحَمْلِ؛ لأنه ليس للمُضارِب عَينُ مالٍ قائِمٍ في الْمَتاع حتى يَكونَ بعضُ الثَّمَنِ بإِزائه، فكان جَميعُ الثَّمَنِ للمُضارَبة؛ ألا تَرى أن الغاصِبَ لو صَبَغ لم يَضِع مالُه، ولو قَصَر لضاع ذلك.

وإذا صار شَريكًا بالصِّبغ لم يَضمَن الْمَتاعَ؛ لأن قولَه: (اعمَل فيه برَأيك) أَفاد له وِلايةَ الخلطِ والشَّرْكةِ، ولولا ذلك لكان لربِّ المالِ أن يُضمِّنَه.

والتَّخصيصُ بالحُمرة: لأن السَّوادَ نُقصانٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فأما سائِرُ الألوانِ: فمِثلُ الحُمرةِ.

فصل
[في مسائل متفرقة]

معه ألفٌ بالنِّصف، فاشترَى به بَزًّا[1]، وباعَه بألفين، واشترَى بهما عبدًا، فضاعا: غَرِما ألفًا، والمالِكُ ألفًا، ورُبُعُ العبدِ للمُضارِب، وباقِيه على الْمُضارَبة، ورأسُ المالِ أَلفان وخَمسُمائةٍ، ولا يُرابِحُ إلا على ألفَين.

وإذا كان مع الْمُضارِبِ ألفٌ بالنِّصف، فاشتَرى الْمُضارِبُ به بَزًّا، وباعه بألفَين، ثم اشتَرى بالألفَين عبدًا، ولم يَنقُد الألفَين حتى ضاع الألفان في يَده: يَغرَمُ ربُّ المالِ ألفًا وخَمسَمائةٍ، والْمُضارِبُ خمسَمائةٍ.

ويَكونُ رُبُعُ العبدِ للمُضارِب، وثَلاثةُ أرباعِه للمُضارَبة؛ لأن الْمُضارِبَ لَمّا باع البَزَّ بألفَين ظَهَر الرِّبحُ بقَدْر الألفِ، فمَلَك الْمُضارِبُ نِصفَه، وهو خَمسُمائةٍ.

فإذا اشتَرى بالألفَين عبدًا صار رُبُعُ العبدِ للمُضارِب، وثَلاثةُ أرباعِه لربِّ المالِ.

فإذا هَلَك الثَّمَنُ كان ما يَخُصُّ الرُّبُعَ على الْمُضارِب، وما يَخُصُّ ثَلاثةَ الأرباعِ على ربِّ المالِ، والرُّبُعُ الذي صار للمُضارِب يَخرُجُ عن الْمُضارَبة؛ لأنه صار مَضمونًا على الْمُضارِب، ومالُ الْمُضارَبةِ يَكونُ أمانةً، وبينَهما مُنافاةٌ، ويَبقَى ثَلاثةُ أرباعِ العبدِ على الْمُضارَبة؛ لأن ضَمانَ ربِّ المالِ لا يُنافِي الْمُضارَبةَ، وصار رأسُ المالِ ألفَين

(١) البَزّ بالفتح: نوع من الثياب، وقيل: الثياب خاصة من أمتعة البيت، وقيل: أمتعة التاجر من الثياب، ورجل بزاز، والحرفة البِزازة بالكسر. «المصباح» ١/ ٤٧.

وخَمسَمائةٍ؛ لأن ربَّ المالِ دَفَع مرّةً ألفًا، ومرّةً ألفًا وخَمسَمائةٍ.

ولا يَبيعُ العبدَ مُرابَحةً إلا على ألفَين؛ لأنه اشترى العبدَ بالألفَين.

فإن باع العبدَ بأربَعة آلافٍ صار رُبُعُ الثَّمَنِ -وهو ألفٌ- للمُضارِب؛ لأنه بدَلُ مِلكِه، وثَلاثةُ أرباعِه -وهي ثَلاثةُ آلافٍ- للمُضارَبة، يُرفَعُ[1] رأسُ المالِ، وذلك ألفان[2] وخمسُمائةٍ، ويَبقى خَمسُمائةٍ رِبحٌ بينَ الْمُضارِبِ وربِّ المالِ.

وإن اشتَرى من المالِك بألفٍ عبدًا اشتَراه بِنصفه[3]: رابَح بِنصفه.

وإن كان معه ألفٌ، فاشتَرى ربُّ المالِ عبدًا بخَمسمِائةٍ، ثم باعه من الْمُضارِب بألفٍ: يَبيعُه الْمُضارِبُ مُرابَحةً بخَمسمِائةٍ.

وإن اشتَرى الْمُضارِبُ عبدًا بألفٍ، وباعه من ربِّ المالِ بألفٍ ومِائتَين: باعه ربُّ المالِ مُرابَحةً بألفٍ ومِائةٍ.

وأصلُه: أن بيعَ الْمُرابَحةِ يَمتنِعُ بالشُّبهة كما يَمتنِعُ بالحَقيقة، ولهذا لا يُباعُ الْمَأخوذُ صُلحًا مُرابَحةً؛ لشُبهة الحطِّ.

فإذا اشتَرى ربُّ المالِ عبدًا بخَمسمِائةٍ، فباعه بألفٍ من الْمُضارِب: فإنما اشتَرى الْمُضارِبُ لربِّ المالِ؛ لأنه وَكيلُه، وبيعُ الإنسانِ من نَفسه باطِلٌ، ولكن لَمّا كان حقُّ الْمُضارِبِ كحقِّ ثالِثٍ صَحَّ البيعُ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وبَقِيت شُبهةُ بُطلانِ البيعِ، فاعتُبِر أقلُّ الثَّمَنَين في الْمُرابَحة لِمَا بُيِّنت[4] على الاحتياط.

---

(١) في (هـ): بدفع.

(٢) في (د): ألفا.

(٣) في (م): من المالك عبدا اشتراه بنصفه بألف.

(٤) في (هـ): بما يثبت.

وفي الْمَسألة الثّانيةِ: وَقَع العَقدان[1] لربِّ المالِ، ولم يَقَع للمُضارِب منه إلا قَدْرُ مِائةٍ، فوَجَب اعتِبارُ هذه الْمِائةِ، وفيما وَقَع لربِّ المالِ لم يُعتبَر الرِّبحُ؛ لِما مَرَّ من احتِمال بُطلانِ العقدِ الثّانِي، وقد مَرَّ تَقريرُه في البُيوع.

وإن اشتَرى به عبدًا قِيمتُه أَلفان، فقَتَل رَجُلًا خطَأً: أُمِرا بالدَّفع أو[2] الفِداءِ، فإن دَفَعا انتَهت الْمُضارَبةُ.

وإن كان معه ألفٌ، فاشتَرى عبدًا قِيمتُه أَلفان، فقَتَل العبدُ رَجُلًا خطَأً: أُمِرا بالدَّفع أو الفِداءِ، فإن دَفَعا العبدَ انتَهَت الْمُضارَبةُ؛ لأن العبدَ بالدَّفع زال عن مِلكهما بلا بدَلٍ.

وكذا إن فَديا، وهو عليهما أرباعًا، والعبد لهما، يَخدُمُ المالِكَ ثَلاثةَ أيّامٍ، والعامِلَ يومًا، وهو مُتطوِّعٌ إن فَدى.

وكذا إن فَدَيا خَرَج العبدُ عن الْمُضارَبة، أما حِصّةُ الْمُضارِبِ: فلأنه تَقرَّر مِلكُه فيه بالفِداء، فصار كالقِسمة.

وأما حِصّةُ ربِّ المالِ: فلأنه إنما سَلِم له بضَمان الفِداءِ، وإنه[3] ليس حُكمَ الْمُضارَبةِ، ولأن القَضاءَ بانقِسام الفِداءِ عليهما يَتضمَّنُ قِسمةَ العبدِ بينَهما؛ لأن الخِطابَ بالفِداء يُوجِبُ سَلامةَ ما فُدِي للفادِي، ولا سَلامةَ إلا بالقِسمة.

بخِلاف ما مَرّ؛ لأن كلَّ[4] الثَّمَنِ ثَمَّ على الْمُضارِب؛ لأنه العاقِدُ، وإن كان له حقُّ الرُّجوعِ على ربِّ المالِ بألفٍ وخَمسِمائةٍ: فلا حاجةَ إلى القِسمة.

---

(١) في (هـ): العقد.

(٢) في سوى (م) و(ن): و.

(٣) في (د) و(أ): فإنه.

(٤) في (د): ذلك.

ولأن العبدَ بالجِناية صار كالزّائِل عن مِلكهما؛ إذ الْمُوجَبُ الأصليُّ هو الدَّفعُ، وبالفِداء صار كأنهما اشتَرياه.

والفِداءُ عليهما أرباعًا، رُبُعُه على الْمُضارِب، وثَلاثةُ أرباعِه على ربِّ المالِ؛ لأن الفِداءَ مُؤنةُ الْمِلكِ، فيَتقدَّرُ بقَدْره، وقد كان الْمِلكُ بينَهما أرباعًا؛ لأنه إذا صار المالُ عَينًا واحِدًا، فقد ظَهَر الرِّبحُ -وهو ألفٌ- بينَهما، وألفٌ لربِّ المالِ برَأس مالِه.

ثم العبدُ لهما لا على الْمُضارَبة يَخدُمُ المالِكَ ثَلاثةَ أيّامٍ، والْمُضارِبَ يومًا، والْمُضارِبُ مُتطوِّعٌ إن فَدى.

فإن فَدى أحَدُهما، ودَفَع الآخَرُ: صحّ.

فإن فَدى أحَدُهما نَصيبَه، ودَفَع الآخَرُ: صَحّ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مالِكٌ لبَعضه، فصار كالعَبد الْمُشترَكِ.

وإن اشتَرى به عبدًا، وهَلَك قبلَ النَّقدِ: دَفَع المالِكُ الثَّمَنَ، ثُم وثُم، ورأسُ المالِ ما دَفَع.

وإن كان مع الْمُضارِبِ ألفٌ، فاشتَرى به عبدًا، فلم يَنقُده حتى هَلَك الألفُ: يَدفَعُ إليه ربُّ المالِ ألفًا آخرَ.

وإذا دَفَع إليه ألفًا آخرَ، ثم هَلَك قبلَ الدَّفعِ إلى البائِع: له أن يَرجِعَ على ربِّ المالِ، ثُم وثُم، ورأسُ المالِ جَميعُ ما دَفَع.

فرقٌ بينَ هذا وبينَ الوَكيلِ بشِراء عبدٍ بعَينه بألفٍ مَدفوعٍ إليه، فاشتَرى، فهَلَك الألفُ قبلَ أن يَنقُدَه البائِعُ: له أن يَرجِعَ على الْمُوكِّل مرّةً فحسبُ.

والفرقُ: أن المالَ في يَد الْمُضارِبِ أمانةٌ؛ لأن مَبنى الْمُضارَبةِ على الأمانة،

والاستِيفاءُ إنما يَكونُ بقبضٍ مَضمونٍ، فلو حُمِل قبضُه على الاستِيفاء لصار ضامِنًا، وهو مُضارِبٌ، وذا باطِلٌ، فحُمِل قبضُه ثانِيًا على جِهة الأمانةِ دونَ الاستِيفاءِ، فإذا هَلَك كان الهَلاكُ على ربِّ المالِ.

بخِلاف الوَكيلِ؛ لأنه أمكَن جعلُه مُستوفِيًا؛ لأن الضَّمانَ لا يُنافِي الوَكالةَ؛ ألا تَرى أن الغاصِبَ إذا تَوكَّل ببَيع الْمَغصوبِ جاز، حتى إذا هَلَك العبدُ في يَد الغاصِبِ بعدَما صار وَكيلًا ضَمِن، فإذا اشتَرى العبدَ[1] بألفٍ وَجَب للبائِع على الوَكيل الثَّمَنُ، ووَجَب للوَكيل على الْمُوكِّل مِثلُه، فإذا استَوفى حقَّه من الْمُوكِّل حُمِل قبضُه على جِهة الاستِيفاء لا على جِهة الأمانةِ، فإذا استَوفاه مرّةً[2] لم يَبقَ الحقُّ أصلًا، فإذا هَلَك الْمَقبوضُ كان الهَلاكُ عليه لا مَحالةَ.

ثم في الوَكالة في هذه الصُّورةِ يَرجِعُ مرّةً، وفيما إذا اشتَرى ثم دَفَع إليه الْمُوكِّلُ الثَّمَنَ فهَلَك: لا يَرجِعُ به على الْمُوكِّل؛ لأنه ثَبَت له حقُّ الرُّجوعِ بنَفس الشِّراءِ؛ لأنه بالشِّراء وَجَب له الثَّمَنُ على الْمُوكِّل، فجُعِل مُستوفِيًا بالقَبض بعدَه، فلا يَرجِعُ.

أما الْمَدفوعُ إليه قبلَ الشِّراءِ: فأمانةٌ في يَده، وهو دائِمٌ على الأَمانة بعدَه؛ لأنه لم يُوجَد بعدَ الشِّراءِ ما يُوجِبُ أن يَكونَ مَضمونًا، فلم يَصِر مُستوفِيًا، فإذا هَلَك يَرجِعُ عليه مرّةً، ثم لا يَرجِعُ؛ لوُقوع الاستِيفاءِ؛ لِما مَرّ.

---

(١) في (ب): وكيل العبد.

(٢) في (د): مرة مرة.

فصل في الاختلاف

معه ألفان، فقال: (دَفعتَ ألفًا، ورَبِحتُ ألفًا)، وقال المالِكُ: (دَفعتُ ألفين)، أو ادَّعى الْمُضارِبُ العُمومَ، والمالِكُ الخُصوصَ: فالقولُ للمُضارِب(و ز).

مُضارِبٌ معه ألفان، فقال لربِّ المالِ: (دَفَعتَ إليَّ ألفًا، ورَبِحتُ ألفًا)، وقال ربُّ المالِ: (بل دَفَعتُ إليك ألفَين مُضارَبةً): فالقولُ للمُضارِب.

وكان أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقولُ أوَّلًا: القولُ لربِّ المالِ، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الْمُضارِبَ يَدَّعي الرِّبحَ والشَّرْكةَ فيه، وربَّ المالِ يُنكِرُ، والقولُ للمُنكِر.

ثم رَجَع وقال: القولُ للمُضارِب، وهو قولُ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ؛ لأن حاصِلَ اختِلافِهما في مِقدار الْمَقبوضِ، والقابِضُ أحقُّ بمَعرِفة مِقدارِ الْمَقبوضِ؛ ألا تَرى أن القولَ قولُ الغاصِبِ في مِقدار الْمَغصوبِ، فلأَن يُقبَلَ قولُ الأمينِ أَولى، ولهذا كان القولُ له لو أنكَر القبضَ أصلًا، فكذا في مِقداره.

وإذا اختَلَف ربُّ المالِ والْمُضارِبُ في رَأس المالِ والرِّبحِ، فقال ربُّ المالِ: (رأسُ المالِ ألفان، وشَرَطتُ لك ثُلُثَ الرِّبحِ)، وقال الْمُضارِبُ: (رأسُ المالِ ألفٌ، وشَرَطتَ لي النِّصفَ): فالقولُ للمُضارِب في مِقدار رأسِ المالِ، كما مَرَّ من الاختِلاف، والقولُ لربِّ المالِ فيما شُرِط له من الرِّبح؛ لأنه يُستفادُ بشَرطه، وهو مُنكِرٌ للشَّرط.

وأيُّهما أقام البيِّنةَ على ما ادَّعى من الفَضل قُبِلت بيِّنتُه؛ لأن ربَّ المالِ يَدَّعي فضلًا في رَأس مالِه، والْمُضارِبَ يَدَّعي فضلًا في الرِّبح، والبيِّناتُ شُرِعت للإثبات.

ولو ادَّعى الْمُضارِبُ العُمومَ في كلِّ تِجارةٍ، وادَّعى ربُّ المالِ الخُصوصَ، أو ادَّعى ربُّ المالِ الْمُضارَبةَ في نوعٍ، وقال الْمُضارِبُ: (ما سَمَّيتَ لي تِجارةً بعَينها): فالقولُ للمُضارِب؛ لأن الأصلَ فيه العُمومُ، فكان القولُ لمن يَتمسَّكُ بالأَصل.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القولُ لربِّ المالِ؛ لأن الإذنَ يُستفادُ من جِهَته، فصارت كالوَكالة.

قُلنا[1]: الأصلُ في الوَكالة الخُصوصُ.

وإن ادَّعى مُضارَبةً، ورَبِح، والمالِكُ بِضاعةً: فللمالِك.

وإن ادَّعى مُضارَبةً بالنِّصف، وقد رَبِح ألفًا، وادَّعى المالِكُ بِضاعةً: فالقولُ لربِّ المالِ؛ لأن الْمُضارِبَ ادَّعى تَقويمَ العمَلِ والشِّرْكةَ في ماله، فجُعِل القولُ لربِّ المالِ؛ لإنكاره.

ولو قال الْمُضارِبُ: (أقرَضتَني هذا المالَ)، وقال ربُّ المالِ: (هي بِضاعةٌ) أو: (وَديعةٌ): فالقولُ لربِّ المالِ، والبيِّنةُ للذي في يَده المالُ؛ لأنه يَدَّعي عليه التَّملُّكَ من جِهَته، وهو يُنكِرُ، فكان القولُ للمُنكِر.

ولو ادَّعى كلُّ واحِدٍ منهما نوعًا: فالقولُ لربِّ المالِ؛ لاتِّفاقهما على الخُصوص، فاعتِبارُ قولِ من يُستفادُ الإذنُ من جِهَته أحقُّ..

والبيِّنةُ للمُضارِب؛ لاحتِياجه إلى نَفي الضَّمانِ.

ولو وَقَّتا وقتًا: فصاحِبُ الوقتِ الأخيرِ أَولى؛ لأن آخِرَ الشَّرطَين يَنسَخُ[2] الأوَّلَ.

والنَّفقةُ والجُعلُ على المالِك، ظَهَر رِبحٌ أوْ لا، ويُضَمُّ.

---

(١) في (هـ): ولنا أن.

(٢) في (ب) و(هـ): يفسخ.

ونَفَقةُ عبدِ الْمُضارَبةِ، وجُعلُه إذا أَبَق: على ربِّ المالِ، ظَهَر رِبحٌ أَوْ لا؛ لأن مِلكَ الْمُضارِبِ في الرِّبح قبلَ القِسمةِ مُتردِّدٌ، ومِلكَ ربِّ المالِ مُتقرِّرٌ.

ويُضَمُّ إلى رَأس المالِ عندَ القِسمةِ.

جَعَل أجيرَه مُضارِبَه[1]: يَجِبُ الأجرُ، لا الْمَشروطُ(م).

وإذا استَأجَر رَجُلًا عشرةَ أشهُرٍ بأجرٍ مَعلومٍ ليَشتريَ له البَرَّ[2]: جاز.

فإن دَفَع إليه في الْمُدّة مالًا مُضارَبةً بالنِّصف، فعَمِل ورَبِح فيه.. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المالُ كلُّه لربِّ المالِ، وله الأجرُ الْمَشروطُ؛ لأنه دَفَع المالَ مُضارَبةً إلى من مَنافِعُه مَملوكةٌ له بالاستِئجار، فلا يَصِحُّ، كما لو دَفَع ذلك إلى عَبده ولا دَينَ عليه.

ولا تَنفسِخُ الإجارةُ؛ لأنها أَقوى؛ لكَونها لازِمةً، والْمُضارَبةِ غيرَ لازِمةٍ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له نِصفُ الرِّبحِ؛ لأنه جَعَل بدَلَ مَنافِعِ العمَلِ في هذه الْمُدّةِ ما سَمَّى من الأَجر، والآنَ جَعَل بدَلَها نِصفَ الرِّبحِ، فصَحَّ ذلك، وسَقَط[3] أجرُ هذه الْمُدّةِ، كما لو دَفَع إليه غيرُ الْمُستأجِرِ مالًا مُضارَبةً، فإنها تَصِحُّ، ويَسقُطُ أجرُ قَدْرِ مُدّةِ عمَلِه للمُضارَبة.

معه ألفٌ بالنِّصف، فرَبِح ألفًا، فدَفَع ألفًا بالثُّلُث ليَعمَلَ برَأيه، فشاب[4] نِصفَه بما سَلَف، فضاع ألفٌ: فهو من الرِّبح(م).

ولو دَفَع إليه ألفًا مُضارَبةً بالنِّصف ليَعمَلَ فيه برَأيه، فعَمِل فيه ورَبِح ألفًا، فدَفَعه

(١) في (ف): مضاربًا.

(٢) في (ج) و(د): البز.

(٣) في (د): وسقوط، في (هـ): ويسقط.

(٤) شابه شَوْبًا من باب قال: خلطه، مثل شَوْب اللبن بالماء، فهو مَشُوبٌ. «المصباح» ١/ ٣٢٦.

ألفًا آخرَ مُضارَبةً بالثُّلُث ليَعمَلَ فيه برَأيه، فخَلَط خَمسَمائةٍ من هذا الألفِ بالْمُضارَبة الأُولى، فهَلَك بعدَ الخلطِ ألفٌ: فالهَلاكُ من رِبح المالِ الأوَّلِ، وصار كأنه لم يَربَح؛ لأن الألفَ وخَمسَمائةٍ أصلٌ، والألفَ تبَعٌ، فإذا وَرَد الهَلاكُ يُصرَفُ إلى التَّبَع[1].

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الألفُ يَهلِكُ من ذلك كلِّه بالحِساب، حتى يَكونُ أربَعةُ أخماسِه من المال الأوَّلِ، وخَمسةٌ من المال الثّانِي؛ لأن الرِّبحَ تبَعٌ للمال الأوَّلِ دونَ المالِ الثّانِي.

وإن اشتَرى بألفٍ أمةً، أو غنَمًا، أو بقَرًا، أو مَكيلًا، أو مَوزونًا.. يُساوِي ألفَين: زَكّى حظَّه، ولو أمتَين، أو غنَمًا وبقَرًا، أو بُرًّا وشَعيرًا: لا.

وإن اشتَرى الْمُضارِبُ بألفٍ أمةً، أو غنَمًا، أو بقَرًا، أو مَكيلًا، أو مَوزونًا.. يُساوِي ألفَين: زَكّى حظَّه؛ لظُهور الرِّبحِ.

ولو اشتَرى أمتَين، أو غنَمًا، وبقَرًا[2]، أو بُرًّا وشَعيرًا: لا؛ لاختِلاف الجِنسِ، فلا يَظهَرُ الرِّبحُ.

ولا يُكاتِبُ قبلَ ظُهورِ الرِّبحِ، وبعدَه نَفَذ في حظِّه، وللمالِك فسخُها، فإن أدّى الكلَّ عَتَق، وسَلِم حظُّه له، والباقِي على الْمُضارَبة.

ولا يُكاتِبُ الْمُضارِبُ قبلَ ظُهورِ الرِّبحِ؛ لأنها ليست بتِجارةٍ، وبعدَه تَنفُذُ في حِصّته. ولربِّ المالِ فسخُها؛ دفعًا للضَّرَر عن نَفسه، كعبدٍ بينَ شَريكَين كاتَب أحَدُهما نَصيبَه، وكما لو كاتَب الْمَولى الْمَأذونَ الْمَديونَ، فإن للغُرَماء حقَّ النَّقضِ[3].

---

(١) في (ب) و(هـ): المبيع.

(٢) كذا في (ج)، وفي (أ) و(د) و(هـ): أو بقَرًا.

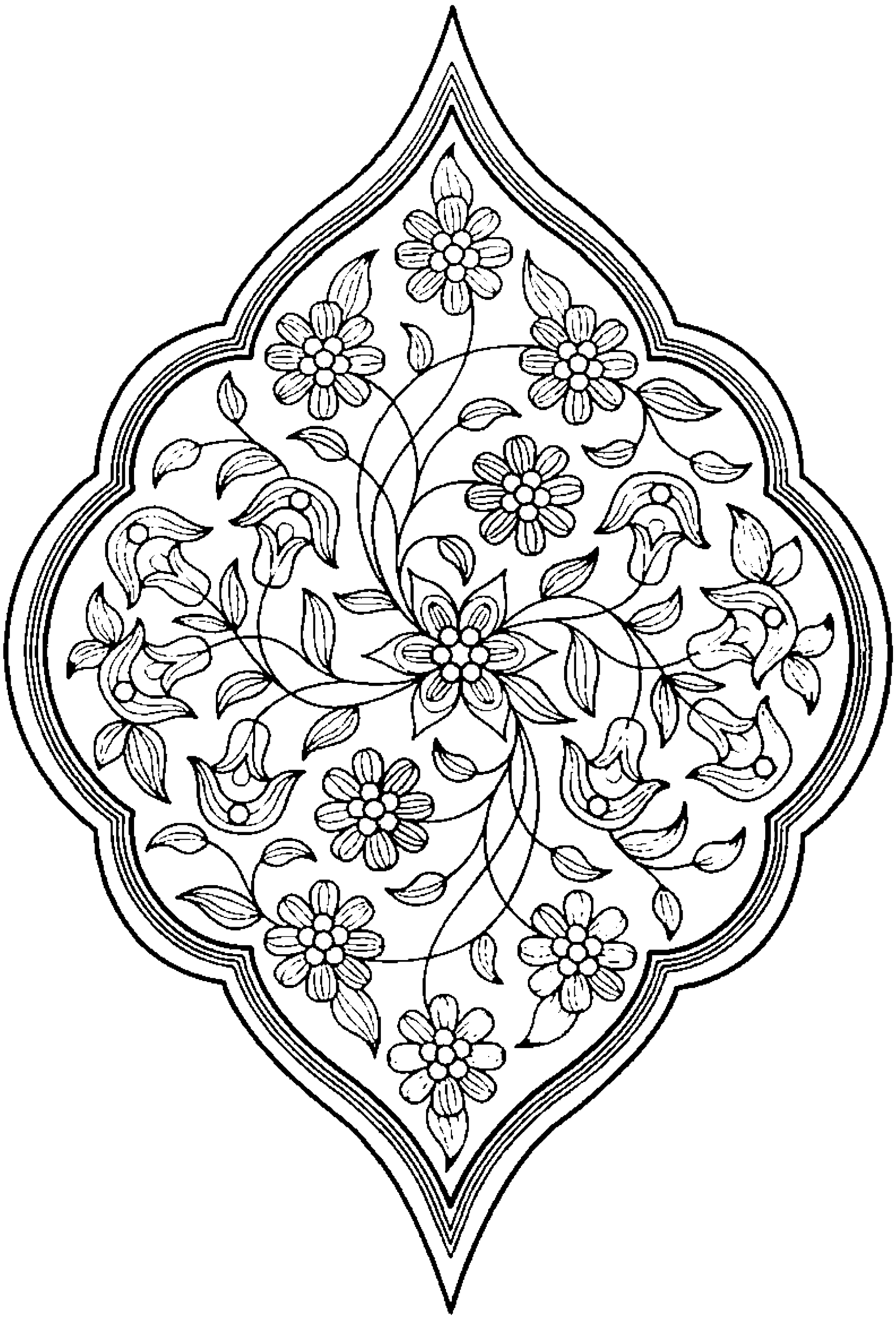
(٣) في (د): القبض.

فلو أدّى الكلَّ عتَق؛ لوُجود الشَّرطِ، ويَسلَمُ حظُّه له، والباقِي على الْمُضارَبة.

وإن مات ولم يُؤدِّ.. إن بَلَغ حظُّه من كَسْبه بَدَلَ الكِتابةِ أو أكثَرَ: مات حُرًّا، وإلا لا، والكلُّ على الْمُضارَبة.

وإن مات ولم يُؤدِّ.. إن بَلَغ حظُّه من كَسبه بدَلَ الكِتابةِ أو أكثَرَ: مات حُرًّا، وأُدِّيت كِتابتُه، والباقِي من كَسبه، وإن لم يَبلُغْ: مات عاجِزًا، والكلُّ على الْمُضارَبة، والله سُبحانَه أعلَمُ.

كِتَابُ الوَدِيعَةِ



كِتابُ الوَدِيعَةِ

كِتابُ الوَديعةِ

الإيداعُ: تَسليطُ الغيرِ على الحِفظ، أيَّ شيءٍ كان، مالًا كان أو غيرَ مالٍ.. **لُغةً**، يُقالُ: (أودَعتُ زيدًا مالًا) و(استَودعتُه إيّاه): إذا دَفَعتُه إليه ليَكونَ عندَه، فأنا مُودِعٌ ومُستودِعٌ، بكَسر الدّالِ فيهما، وزيدٌ مُودَعٌ ومُستودَعٌ، بالفَتح فيهما، والمالُ مُودَعٌ ووَديعةٌ.

وتَسليطُ الغيرِ على حِفظ المالِ **شَريعةً**.

ورُكنُها: الإيجابُ والقَبولُ.

وشرطُها: كونُ المالِ قابِلًا لإثبات اليدِ ليُتمكَّنَ من حِفظه، حتى لو أودَع الآبِقَ أو المالَ السّاقطَ في البَحر: لا يَصِحُّ.

وكونُ الْمُودَعِ مُكلَّفًا شرطٌ لوُجوب الحِفظِ عليه.

وحُكمُها: وُجوبُ الحِفظِ، وصَيرورةُ المالِ أمانةً عندَه.

وشَرعيّتُها: **بالكِتاب**، قال اللهُ تَعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وأداءُ الأمانةِ لا يَكونُ إلا بعدَها.

والسُّنّةِ، فالنَّبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ كان يُودِعُ ويُستودَعُ[١].

---

(١) مما ورد في استيداعه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ ما رواه البيهقي (١٢٦٩٦) عن عائشة في هجرة النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قالت: وأمر -تعني رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ- عليًا رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ أن يتخلف عنه بمكة، حتى=

وإجماعِ الأُمَّةِ، فالصَّحابةُ رِضوانُ اللهِ عليهم أجمَعين ومَن بعدَهم إلى يَومنا يُودِعون ويُستودَعون[1].

ولأن قَبولَ الوَديعةِ من باب الإعانةِ، وهي مَندوبةٌ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، ولقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إن اللهَ تَعالى في عَون العبدِ ما دام العبدُ في عَون أخِيه»[2].

الوَديعةُ[3] أمانةٌ، فلا تُضمَنُ إن هَلَكت أو سُرِقت وحدَها(ك).

الوَديعةُ أمانةٌ في يَد الْمُودَعِ، فلا يَضمَنُ إن هَلَكت؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ليس على الْمُستودَع غيرِ الْمُغِلِّ ضَمانٌ»[4]، **والْمُغِلُّ**: الخائِنُ، **والإغلالُ**: الخِيانةُ.

= يؤديَ عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الودائع التي كانت عنده للناس.

ومنها رده صلى الله علي وسلم مفتاح الكعبة، وقوله: «خذوها يا بني طلحة، خالدةً تالدةً، لا ينزعها منكم إلا ظالم» كما رواه الطبراني (١١٢٣٤).

(١) روى عبد الرزاق (١٤٧٩٩) قال أخبرنا معمر عن قتادة قال: كان عند أنس بن مالك وديعة، فهلكت من بين ماله، فضمنه إياها عمر بن الخطاب. فقال معمر: لأن عمر اتهمه يقول: كيف ذهبت من بين مالك.

وروى البيهقي (١٢٧٤٠) عن أنس بن مالك قال: استُودعت مالًا، فوضعته مع مالي، فهلك من بين مالي، فرفعت إلى عمر، فقال: إنك لأمين في نفسي، ولكن هلكت من بين مالك. فضَمِنَتُه.

(٢) رواه مسلم (٢٦٩٩) ولفظه: «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه».

والطبراني في «مكارم الأخلاق» (٨٦) بلفظ: «والله عَزَّوَجَلَّ في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه».

(٣) مثبتة من (س).

(٤) روى الدارقطني (٢٩٦١): عن عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودَع غير المغل ضمان». قال الدارقطني: عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي=

ولأن الْمُودَعَ مُتبرِّعٌ في حِفظها لصاحِبها، والتَّبرُّعُ لا يُوجِبُ ضمانًا على الْمُتبرِّع؛ إذ لو أوجَب لامتنَع النّاسُ عنه، وفيه تَعطيلُ مَصالحِهم.

وإن سُرِقت الوَديعةُ عندَ الْمُودَعِ، ولم يُسرَق معها مالٌ آخرُ للمُودَع: لم يَضمَن عندَنا؛ لِما بَيَّنّا.

وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ؛ للتُّهَمة[1].

وحَفِظ الْمُودَعُ بنفسه وعِيالِه، وضَمِن بغَيرهم، إلا أن يَخافَ حَرِيقًا[2] أو غَرَقًا، فسَلَّم إلى جاره، أو فُلْكٍ آخَرَ.

وللمُودَع أن يَحفَظَها بنَفسه وبمن في عِياله من زَوجته، أو ولَدِه، أو والِدَيه، أو أجيرِه.

والعِبرةُ في هذا البابِ للمُساكَنة[3] لا للنَّفَقة، حتى لو أودَعت الْمَرأةُ وَديعتَها إلى زَوجها لا يَضمَنُ، وإن لم يكن الزَّوجُ في نَفَقتها لَمّا كان ساكِنًا معها، والابنُ الكَبيرُ إذا كان يَسكُنُ مع الْمُودَعِ، ولم يكن في نَفَقته، فخَرَج وتَرَك الْمَنزِلَ على الابن: لا يَضمَنُ الوَديعةَ.

والْمُرادُ: التِّلميذُ الخاصُّ الذي استأجَره مُشاهَرةً أو مُسانَهةً، فأما الأجيرُ لعمَلٍ من الأعمال: فكسائِر الأجانِبِ، يَضمَنُ بالدَّفع إليه؛ لأن الْمَطلوبَ منه حِفظُ الوَديعةِ على وجهٍ يَحفَظُ مالَ نفسِه، والإنسانُ يَحفَظُ مالَه بنَفسه تارةً، وبيَد من في عِياله أُخرى، فمتى أتى بالحِفظ الْمُعتادِ لم يكن خائِنًا، فلا يَضمَنُ.

= غير مرفوع. ثم رواه عن شريح. ورواه البيهقي (١١٤٨٦).

(١) في (هـ): للشبهة.

(٢) في (ف): حرقًا.

(٣) في (د): للمشاركة.

ولأنه لا يَجِدُ بُدًّا منه، فإنه إذا خَرَج من داره في حاجته لا يُمكِنُه أن يَحمِلَها مع نفسِه، فيُضطَرُّ إلى أن يُخلِّفَها في بَيته، وإذا خَلَّفها في بَيته صارت في يَد امرَأتِه حُكمًا، فكان هذا مما لا بُدَّ له منه، فصار مَأذونًا فيه دَلالةً.

فإن حَفِظها بغَيرهم، أو أودَعها غيرَهم: ضَمِن؛ لأن المالِكَ رَضِي بحِفظه ويدِه، ولم يَرضَ بحِفظ غيرِه ويدِ غيرِه، فيضْمَن بالتَّسليم إليه، ولأن الشَّيءَ لا يَستتبِعُ مِثلَه، فالوَكيلُ لا يَملِكُ أن يُوكِّلَ غيرَه، بخِلاف الْمُستعيرِ؛ لأنه مالِكٌ، وكَلامُنا في غَيره.

والوضعُ في حِرز غيرِه إيداعُه[1]؛ لأن الحِرزَ في يَد ذلك الغيرِ، فصار بالوَضع في الحِرز مُسلِّمًا إليه، إلا إذا استأجَر الحِرزَ، فيَكونُ حافِظًا بحِرز نفسِه، فلا يَضمَنُ، إلا أن يَقَعَ في دَاره حَريقٌ غالِبٌ، فخاف على الوَديعة، فيُسلِّمُها[2] إلى جَاره، أو يَكونَ في فُلكٍ، فخاف الغرَقَ، فيُلقِيها[3] إلى سفَينةٍ أُخرى؛ لأنه تَعيَّن طَريقًا للحِفظ في هذه الحالةِ؛ إذ لا يُمكِنُه أن يَحفَظَ في هذه الحالةِ إلا بهذا الطَّريقِ، فصار مَأذونًا فيه دَلالةً[4].

وقِيل: هذا إذا أَحاط الحَريقُ بمَنزِل الْمُودَعِ، فإن لم يكن أَحاط بمَنزِله ضَمِن، ولا يُصدَّقُ على العُذر حتى يُقيمَ البيِّنةَ؛ لأن الإيداعَ سببٌ للضَّمان، فإذا ادَّعى ضَرورةً مُسقِطةً للضَّمان فلا يُقبَلُ إلا ببيِّنةٍ، كما لو ادَّعى على المالِك الإذنَ في الإيداع.

فإن طَلَب ربُّها، فمَنَع قادِرًا على دَفعها، أو خَلَط بماله حتى لا تَتميَّزَ: ضَمِن[س م]، وإن اختَلَط اشترَكا.

---

(١) في (هـ): إيداع.

(٢) في (ب): فسلمها.

(٣) في (أ): فنقلها.

(٤) في (ب): لا دلالة.

فإن طَلَبها ربُّها، فمَنَعها، وهو يَقدِرُ على تَسليمها: ضَمِنها؛ لأنه إذا طالَبه بالرَّدّ[1] فقد عَزَله عن الحِفظ، فإذا لم يَرُدَّها عليه فقد أمسَكها بغَير إذنِه، فيَضمَنُ.

وإن خَلَطها الْمُودَعُ بماله حتى لا تَتميَّزُ: ضَمِنها.

اعلَم أن الخلطَ على أربَعة أوجُهٍ:

خلطٌ بطَريق الْمُجاورةِ مع تَيسُّرِ التَّمييزِ، كخَلط الدَّراهِمِ البِيضِ بالسُّود، والدَّراهِمِ بالدَّنانير، والجَوزِ باللَّوز، وأنه لا يَقطَعُ حقَّ المالِكِ بالإجماع؛ لتَمكُّن المالِكِ من الوُصول إلى عَين مِلكِه بلا حرَجٍ.

وخلطٌ بطَريق الْمُجاوَرةِ مع تَعسُّرِ التَّمييزِ، كخَلط الحِنطةِ بالشَّعير، وذلك يَقطَعُ حقَّ المالِكِ، ويُوجِبُ الضَّمانَ؛ لأنه لا يَصِلُ المالِكُ إلى عَين مِلكِه إلا بحرَجٍ، والْمُتعسِّرُ كالْمُتعذِّر.

ولأن الحِنطةَ لا تَخلو عن حَبّات الشَّعيرِ، والشَّعيرُ لا يَخلو عن حَبّات الحِنطةِ، فتَعذَّر التَّمييزُ حَقيقةً، وتَعذَّر التَّمييزُ حُكمًا[2] أيضًا بالقِسمة؛ لاختِلاف الجِنسِ؛ لأن القِسمةَ عندَ اختِلافِ الجِنسِ غيرُ مَشروعٍ.

وقِيل: لا يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ عن الْمَخلوط بالإجماع هنا، ويَكونُ له الخِيارُ.

وقِيل: القِياسُ: أن يَصيرَ الْمَخلوطُ مِلكًا للخالِط عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وفي الاستِحسان: لا يَصيرُ.

وخلطُ[3] الجِنسِ بخِلاف الجِنسِ مُمازَجةً، كخَلط الخَلِّ بالزَّيت، وكلِّ مائِعٍ بغَير

---

(١) مثبتة من (هـ) و(ج)، وفي (أ): بالحفظ.

(٢) في (د): فتعذر التمييز حقيقة وحكمًا.

(٣) في (ب): لا يضره خلط.

جِنسِه، وإنه يُوجِبُ[1] انقِطاعَ حقِّ المالِكِ إلى الضَّمان بالإجماع؛ لأن هذا الخلطَ استِهلاكٌ حَقيقةً؛ لأنه أعجَز المالِكَ عن الانتِفاع بعَين حقِّه، وكذا حُكمًا؛ لتَعذُّر القِسمةِ باختِلاف الجِنسِ.

وخلطُ الجِنسِ بالجِنس مُمازَجةً أو مُجاوَرةً، كخَلط دُهنِ اللَّوزِ بدُهن اللَّوزِ، أو دُهنِ الجَوزِ بدُهن الجَوزِ[2]، أو اللَّبَنِ باللَّبَن، أو الحِنطةِ بالحِنطة، أو الشَّعيرِ بالشَّعير، أو الدَّراهِمِ البِيضِ بالدَّراهِم البِيضِ، أو السُّودِ بالسُّود.

فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: هو استِهلاكٌ مُطلَقٌ، لا سَبيلَ لصاحِبه إلا[3] تَضمينُ الْمُودَعِ، وصار الْمَخلوطُ مِلكًا للخالِط.

وعندَهما: لا يَنقطِعُ مِلكُ المالِكِ عن الْمَخلوط، بل له الخِيارُ، إن شاء ضَمَّن الخالِطَ مِثلَه، وإن شاء شارَكه في الْمَخلوط.

لهما: أن هذا الخلطَ استِهلاكٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ؛ لأن بعدَ هذا الخلطِ إن تَعذَّر على المالِك الوُصولُ إلى عَين مالِه حَقيقةً لم يَتعذَّر حُكمًا بالقِسمة؛ إذ القِسمةُ فيما يُكالُ أو يُوزَنُ إفرازٌ وتَعيينٌ بالإجماع، ولهذا يَملِكُ كلُّ واحِدٍ من الشَّريكَين أن يَأخُذَ حِصّةَ نفسِه بلا رِضا وقَضاءٍ.

وإذا كان استِهلاكًا من وجهٍ دونَ وجهٍ.. فإن شاء مال إلى جانِب الهَلاكِ وضَمَّنه مِثلَه، وإن شاء مال إلى جانِب القِيامِ وشارَكه في الْمَخلوط.

وله: أنه استِهلاكٌ من كلِّ وجهٍ؛ لأن بعدَه يَتعذَّرُ على المالِك الوُصولُ إلى عَين

---

(١) في (ب): لا يوجب.

(٢) في (د): اللوز.

(٣) في (هـ): إلى.

مالِه حَقيقةً، وليس الاستِهلاكُ إلا هذا؛ لأن إعدامَ المحَلِّ لا يُتصوَّرُ هنا، ولهذا كان له حقُّ التَّضمينِ بالإجماع، وهو أمارةُ الاستِهلاكِ.

وأما القِسمةُ: فليست بمُوصِلةٍ إلى عَين حقِّه، ولكن جُعِلت طَريقًا للانتِفاع بطَريق الضَّرورةِ؛ بِناءً على قِيام الشِّرْكةِ، وإذا كانت بِناءً على الشِّرْكة وحُكمًا لها فلا تَصلُحُ عليه مُوجِبةً للشِّرْكة؛ لأن حُكمَ العِلّةِ لا يَكونُ عِلّةَ العِلّةِ.

وثَمرةُ الخِلافِ: تَظهَرُ فيما إذا أبرَأ الخالِطَ، فعندَ أبي حنيفة[1] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَبقى له على الْمَخلوط سَبيلٌ؛ لأنه لا حقَّ له إلا في الضَّمان، وقد بَطَل بالإبراءُ.

وعندَهما: بالإِبراء تَنقطِعُ[2] خِيرةُ الضَّمانِ، فتَتعيَّنُ الشِّرْكةُ في الْمَخلوط.

وهذا إذا خَلَط الدَّراهِمَ من غَير إذابةٍ، فأما إذا أَذابها: فجَوابُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَختلِفُ، بل يَنقطِعُ الْمِلكُ بكلِّ حالٍ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه جَعَل الأقَلَّ تابِعًا للأكثَر.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَشرَكُه بكلِّ حالٍ؛ لأن الجِنسَ لا يَغلِبُ الجِنسَ عندَه، كما إذا شَرِب صبيٌّ لَبَنَي امرأتَين، وقد مَرَّ تَحقيقُه في الرَّضاع.

وكذلك أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ في كلِّ مائِعٍ خَلَطه بجِنسه يُعتبَرُ الأكثَرُ، وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يَقولُ بانقِطاع حقِّ المالِكِ في الكلّ، ومحمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: بالشِّرْكة في الكلّ.

وإن اختَلَطت بماله بغَير فِعلِه: فهو شَريكٌ لصاحِبها، كما إذا انشَقَّ الكيسُ في صُندوقه، فاختَلَطت بدَراهِمه، **فإنه لا يَضمَنُ**؛ لعَدَم الصُّنعِ الْمُوجِبِ للضَّمانِ منه، **فيَشتركان** بالاتِّفاق[3].

---

(١) في (هـ): أبي يوسف.

(٢) في (ب): لا تنقطع.

(٣) في (أ) و(د) و(د) غير منقوطة. وانظر «الهداية» ٣/ ٢١٤.

وهذه شِرْكةُ اختِلاطٍ، حتى لو هَلَك بعضُها هَلَك من[1] مالهما، ويُقسَمُ الباقي بينَهما على قَدْر ما كان لكلِّ واحِدٍ منهما.

ولو أنفَق بعضَها لا يَضمَنُ كلَّها(ف ك)، إلا أن يَخلِطَ عِوَضَه به.

ولو أنفَق الْمُودَعُ بعضَها: ضَمِن ما أنفَق منها، ولم يَضمَن كلَّها.

وعندَ مالِكٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَصيرُ ضامِنًا للكلّ؛ لأنه بالخِيانة زَالت الأمانةُ، فتَجِبُ الغَرامةُ.

ولنا: أن الضَّمانَ يَجِبُ بقَدْر الخِيانةِ، وقد خان في البَعض دونَ الكلِّ، فإن جاء بمِثْل ما أنفَق، فخَلَطه بالباقِي: صار ضامِنًا لجَميعها؛ لأنه صار مُستهلِكًا للكلِّ بالخَلط؛ وهذا لأن ما أنفَق صار دَينًا في ذِمّته، وهو لا يَنفرِدُ بقَضاء الدَّينِ بغَير مَحضَرٍ من صاحِبه، فيَكونُ خلطًا لِما بَقِي بمِلك نفسِه، وهو مُوجِبٌ للضَّمان عليه.

نعم! يدُ الْمُودَعِ كيَده، لكن فيما فُوِّض إليه، وهو الحِفظُ، لا في الخَلط.

وإن تَعدّى برُكوبٍ، ولُبسٍ، واستِخدامٍ، وزال تَعدِّيه: زال الضَّمانُ(ف)، بخِلاف الْمُستَعيرِ(ز)، والْمُستأجِرِ(ز)، وإقرارِه بعدَ جُحودِه(ز) عندَ المالِكِ.

وإن تَعدّى الْمُودَعُ في الوَديعة، بأن كانت دابّةً فرَكِبها، أو ثَوبًا فلَبِسه، أو عبدًا فاستَخدَمه، أو أودَعها غيرَه، ثم أزال[2] التَّعدِّيَ ورَدَّها إلى يَده: زال الضَّمانُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَبرأُ عن الضَّمان؛ لأن عقدَ الوَديعةِ قد ارتَفَع بالخِلاف؛ بدَلالة صَيرورةِ المحَلِّ مَضمونًا عليه، والضَّمانُ والأمانةُ لا يَجتمِعان، فإذا صار ضامِنًا لم يَبقَ أمينًا، وإذا ارتَفَع العقدُ لا يَعودُ إلا بسبَبٍ جَديدٍ، ولم يُوجَد، فلا يَبرأُ عن الضَّمان.

---

(١) في (أ): في.

(٢) في (ج) و(هـ): زال.

ولنا: أن الإيداعَ مُطلَقٌ، فكان باقِيًا بعدَ الخِلاف؛ وهذا لأنه قال: (احفَظ مالي)، وهذا اللَّفظُ يَتناوَلُ جَميعَ الأوقاتِ، ما قبلَ الخِلافِ وما بعدَه، ولم يَبطُل بالخِلاف؛ لأن بُطلانَ الشَّيءِ بما وُضِع لإبطاله أو بما يُنافِيه، والاستِعمالُ ليس بمَوضوعٍ لإبطال الإيداعِ، وهو لا يُنافِيه، ولهذا صَحَّ الأمرُ بالحِفظ مع الاستِعمالِ ابتِداءً، بأن يَقولَ للغاصِب: (أودَعتُك)، وهو مُستعمِلٌ له، وإذا كان الأمرُ بالحِفظ باقِيًا فقد رَدَّه بتَرك التَّعدِّي إلى نائِب المالِكِ، أعنِي نفسَه، وإذا بَقِي الأمرُ والحِفظُ للمالِك بأَمره يَكونُ أمينًا فيه[1]، فلا يَضمَنُ بالهَلاك.

وقولُه: (العقدُ قد ارتَفَع) قُلنا: ارتِفاعُ العقدِ ما كان باعتِبار مَعنًى صادَف العقدَ، بل ضَرورةَ فَواتِ مُوجَبِ العقدِ، وهو الحِفظُ للمالِك، وإذا كان الفَواتُ ضَروريًّا يَتقدَّرُ بقَدْر الضَّرورةِ، فيَظهَرُ أثرُ ارتِفاعِ العقدِ في قَدْر ما وُجِد الخِلافُ فيه، وفيما وراءَه بَقِي على ما كان.

وهو كمن استأجَر رَجُلًا ليَحفَظَ مَتاعَه شهرًا، فترَكَ الحِفظَ في بَعض الشَّهرِ، ثم حَفِظه في الباقِي: فإن العقدَ يَرتفِعُ بقَدْر ما وُجِد الخِلافُ فيه، وفيما وراءَه يَبقى على ما كان، فكذلك هنا.

فأما المُستأجِرُ أو المُستعيرُ إذا تَعدّى ثم أزال التَّعدِّيَ: لم يَبرأ من الضَّمان، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

له: الاعتِبارُ[2] بالوَديعة.

---

(١) قوله: (وإذا بقي الأمر والحفظ للمالك بأمره يكون أمينًا فيه) مثبت من (ج) و(هـ)، وهذه العبارة سقطت في (أ).

(٢) في (ب): له أن الاعتبار.

ولنا: أن البَراءةَ إنما تكونُ بالإعادة إلى يَد المالِكِ حَقيقةً أو تَقديرًا، ويدُ الْمُستأجِرِ أو الْمُستَعيرِ يدُ نفسِه، فإنه يَستَوفي الْمَنافعَ الْمَملوكةَ له من المحَلّ، والمالِكُ فيما يَتصرَّفُ في المحَلِّ يَكونُ عامِلًا لنَفسه لا لغَيره، فلا يَبرأُ عن الضَّمان.

وإن طَلَبها صاحِبُها، فجَحَدها: ضَمِنها؛ لأن المالِكَ عَزَله عن الحِفظ حينَ طالَبه بالرَّدّ، فهو بالإمساك بعدَه غاصِبٌ، فيَضمَنُ.

فإن عاد إلى الإقرار بعدَ جُحودِه عندَ المالِكِ: لم يَبرأ عن الضَّمان؛ لأن العقدَ ارتَفَع، فلا يَعودُ إلا بالتَّجديد، ولم يُوجَد، فلا يَبرأُ عن الضَّمان؛ وهذا لأن الْمُطالَبةَ بالرَّدّ رفعٌ من جِهة المالِكِ، والجُحودَ فسخٌ من جِهة الْمُودِعِ، كجُحود الوَكيلِ الوَكالةَ، وجُحودِ أحدِ العاقِدَين البيعَ، فتَمَّ الرَّفعُ منهما.

ولأن الْمُودَعَ يَنفرِدُ بعَزل نفسِه بحَضرة المالِكِ، كالوَكيل يَملِكُ عزلَ نفسِه بحَضرة الْمُوكِّلِ، وإذا انتَقَض العقدُ لا يَعودُ بالاعتِراف؛ لأن الْمُنتقِضَ لا يَعودُ إلا بالتَّجديد.

بخِلاف الخِلافِ ثم العَودِ إلى الوِفاق؛ لأن العقدَ باقٍ؛ إذ الخِلافُ ليس بردٍّ للأمر؛ لأن الأمرَ قولٌ، وردُّ القولِ بقولٍ مِثلِه، أما الجُحودُ: فهو قولٌ وردٌّ للأمر؛ لأن الجاحِدَ يَكونُ مُتملِّكًا للعَين، والمالِكَ في مِلكه لا يَكونُ مَأمورًا بالحِفظ من جِهة غيرِه.

والدَّليلُ عليه: أوامِرُ الشَّرعِ، فالجُحودُ فيها ردٌّ، حتى لو أنكَر أمرَ اللهِ تَعالى يُكفَرُ، والخِلافُ لا يَكون ردًّا، حتى لو تَرَك صومًا أو صَلاةً لا يُكفَرُ.

ولو جَحَدها عندَ غيرِ صاحِبِها، بأن قال أجنَبيٌّ للمُودَع: (أعندَكَ وَديعةٌ لفُلانٍ؟)، فقال: (لا): لا يَضمَنُ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ؛ لأن الجُحودَ سببُ الضَّمانِ، سَواءٌ كان عندَ المالِكِ أو عندَ غيرِه، كالإتلاف حَقيقةً.

ولنا: أن الجُحودَ عندَ غَيبةِ[1] المالِكِ من الحِفظ؛ لأنه يَقطَعُ به طمعَ الطّامِعين عنها، فلا يَضمَنُ به.

ولأن المالِكَ ما عَزَله عن الحِفظ، وهو لا يَملِكُ عزْلَ نفسِه بغَير مَحضَرٍ منه أو طلَبِه؛ لأن العقدَ ما قام به وحدَه، وإنما قام بهما، فلا يَرتفِعُ إلا بهما، فبَقِي العقدُ، وباعتِبار بقائِه يدُه كيَد المالِكِ في العَين.

وله أن يُسافِرَ(س م) بها إن أمِن، ولم يُنهَ.

وللمُودَع أن يُسافِرَ بالوَديعة إذا كان الطَّريقُ آمِنًا، بأن لا يَقصِدَه أحدٌ غالِبًا، ولو قَصَده يُمكِنُه دفعُه بنَفسه وبرُفقة السَّفَرِ، ولم يَنْهَه الْمُودَعُ عنها، وإن كان له حَمْلٌ ومُؤنةٌ.

وقالا: ليس له ذلك إذا كان له حَمْلٌ ومُؤنةٌ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس له ذلك في الوَجهَين؛ لأن الْمَطلوبَ منه الحِفظُ الْمُتعارَفُ، وذا بالأكِنّة[2] والبُيوتِ دونَ الْمَفاوِزِ؛ لأن أسبابَ الصِّيانةِ تَتهيَّأُ في الأَمصار من كلِّ وجهٍ، وفي غَيرِها تَتهيَّأُ من وجهٍ دونَ وجهٍ، بل فيها تَعريضٌ لها على التَّوى؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الْمُسافِرُ ومَتاعُه على قَلَتٍ[3] إلا ما وَقاه اللهُ تَعالى»[4]، وهو سبَبُ

---

(١) في (هـ): غير.

(٢) في (ج) و(د): بالأمكنة.

(٣) القَلَت: الهلاك، وقد قَلِت يَقْلَت قَلَتًا: إذا هلك. «النهاية» ٤/ ٩٨.

(٤) قال في «التلخيص الحبير» ٣/ ٢١١: رواه السِّلفي في «أخبار أبي العلاء المعري» -وبلفظ قريب أيضًا في «الطيوريات» له (١٠٤٢)- قال: أنا الخليل بن الجبار، أنا أبو العلاء أحمد بن عبد الله بن سليمان المعري بها، ثنا أبو الفتح أحمد بن الحسن بن روح، نا خيثمة بن سليمان، نا أبو عتبة، نا بشر بن زاذان الدارسي، عن أبي علقمة، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لو علم الناس رحمة الله بالمسافر؛ لأصبح الناس وهم على سفر، إن المسافر ورحله على قَلَتٍ، إلا ما وقى الله». قال=

الضَّمانِ، ولهذا لو استأجر رَجُلًا ليَحفَظَ مَتاعَه شهرًا بدِرهَمٍ، فسافَر بالمال: يَضمَنُ.

ولهما: أنه يَلزَمُ صاحِبَها مُؤنةُ الرَّدِّ فيما له حَمْلٌ ومُؤنةٌ، ولا وِلايةَ له في إلزام الْمُؤنةِ عليه؛ لأن فيه إضرارًا عليه[1].

وله: أن الأمرَ بالحِفظ صَدَر مُطلَقًا من غَير تَقييدٍ بمَكانٍ، فلا يَتقيَّدُ بمَكانٍ دونَ مَكانٍ، كما لا يَتقيَّدُ بزَمانٍ دونَ زَمانٍ، والْمَفازةُ محَلٌّ للحِفظ إذا كان الطَّريقُ آمِنًا، فكان الحِفظُ فيه كالحِفظ في الْمِصر، والكَلامُ فيه، حتى لو لم يكن آمِنًا أو بحرًا: يَضمَنُ، ولهذا يَملِكُ الأبُ والوصِيُّ في مال الصَّبيِّ مع أن وِلايتَهما نظَريّةٌ.

وما يَلحَقُ المالِكَ من الْمُؤنة فمن ضَرورة امتِثالِ أمرِه، فلا يُعَدُّ ذلك إضرارًا به، والْمُعتادُ كونُهم في الْمِصر لا[2] حِفظُهم فيه، ومن يَكونُ في الْمَفاوِز يَحفَظُ مالَه فيها، كأهل الخِيامِ والأخبِيةِ، بخِلاف الاستِحفاظِ بأجرٍ؛ لأنه عقدُ مُعاوَضةٍ، فاقتَضى التَّسليمَ

=الخليل: والقَلَت: الهلاك.

قلت: وكذا أسنده أبو منصور الديلمي في مسند «الفردوس» (٥٠٥٦) من هذا الوجه من غير طريق المعري، وكذا ذكره أبو الفرج المعافى القاضي الهرواني في كتاب «الجليس والأنيس» له بعد أن ذكره مرفوعًا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لكن لم يسق له إسنادًا، أورده في المجلس الخامس والعشرين عقب قول كثير:

بغاث الطير أكثرها فراخًا وأم الصقر مقلاة نزور

قال: المقلاة: التي لا يعيش لها ولد، والقلت بفتح اللام: الهلاك، ومنه ما روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المسافر وأهله على قَلَت، إلا ما وقى الله». وقد أنكره النووي في «شرح المهذب» فقال: ليس هذا خبرًا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب، قلت: وذكره ابن قتيبة في «غريب الحديث» عن الأصمعي عن رجل من الأعراب.

(١) في (ج): به.

(٢) في (د): لأن.

في مَكان العقدِ.

وهذا إذا لم يُعيِّن المالِكُ الْمِصرَ للحِفظ فيه، بل أطلَق الحفظَ إطلاقًا، فإن عَيَّن المالِكُ عليه الحِفظَ في الْمِصر، فسافَر.. إن كان سفرًا له منه بُدٌّ: ضَمِن، وإن كان سفرًا لا بُدَّ له منه.. فإن أمكَنه الحِفظُ في الْمِصر مع السَّفرِ، بأن أمكَنه أن يَترُكَ واحِدًا من عِياله مع الوَديعةِ في الْمِصر: ضَمِن، وإن لم يُمكِنه ذلك: لا يَضمَنُ.

ولو نَهاه الْمُودَعُ أن يَخرُجَ بالوَديعة، فخَرَج بها: ضَمِن؛ لأن التَّقييدَ مُفيدٌ؛ لأن الحِفظَ في الْمِصر أبلَغُ ظاهِرًا.

أودَعاه، وغاب واحِدٌ: لم يَأخُذ الحاضِرُ حظَّه(س م)[1].

وإذا أودَع رَجُلان عندَ رَجُلٍ وَديعةً، فحَضَر أحَدُهما وطَلَب نَصيبَه: لم يَدفَع إليه نَصيبَه حتى يَحضُرَ الآخرُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولو فَعَل ضَمِن نِصفَه.

وقالا: يَدفَعُ إليه نَصيبَه، ولا يَضمَنُ.

وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: ثَلاثةٌ استَودَعوا رَجُلًا ألفًا، فغاب اثنان: فليس للحاضِر أن يَأخُذَ نَصيبَه عندَه، وقالا: له ذلك.

من[2] الْمَشايخ من قال: الاختِلافُ فيما هو من ذَوات الأمثالِ وفيما هو من ذَوات القِيَمِ سَواءٌ.

والصَّحيحُ: أن الاختِلافَ فيما هو من ذَوات الأمثالِ كالْمَكيلات والْمَوزوناتِ، وفيما عَداهما من الثِّياب والدَّوابِّ والعَبيدِ: فليس للحاضِر أن يَأخُذَ نَصيبَه بالإجماع.

لهما: أن كلَّ واحِدٍ من الْمُودِعَين مالِكٌ لنَصيبه حَقيقةً، فلا يَتعذَّرُ عليه قبضُ نَصيبِه

(١) في سوى (م) و(ن): أودعاه لم يدفع إلى أحدهما حظه.

(٢) في (هـ): ومن.

بغَيبة الآخرِ، كالشَّريكَين في الدَّين إذا حَضَر أحَدُهما كان له أن يُطالِبَ الْمَديونَ بنَصيبه، ويَقبِضَ نَصيبَه؛ وهذا لأن الحاضِرَ طَلَب منه تَسليمَ نَصيبِه، فلَزِم الآخرَ تَسليمُه، ولهذا كان له أن يَنفرِدَ بأَخذ نَصيبِه مع غَيبةِ صاحِبِه، فكذا للمُودَع أن يَدفَعَ إليه نَصيبَه.

ومَذهَبُه مَرويٌّ عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ[1].

ولأنه لو دَفَع شيئًا إلى الحاضِر فإما أن يَكونَ الْمَدفوعُ من نَصيبهما أو من نَصيب الحاضِرِ خاصّةً..

لا[2] وجهَ إلى الثّاني؛ لأنه لا يَكونُ إلا بعدَ قِسمةٍ مُعتبَرةٍ، وليس للمُودَع وِلايةٌ على الغائِب في القِسمة، ولهذا لا تَصِحُّ قِسمتُه، ولا يَقَعُ دفعُه قِسمةً بالإجماع، فإنهما قالا: لو أخَذ نَصيبَه، ثم هَلَك الباقِي في يَد الْمُودَعِ، ثم حَضَر الغائِبُ: له أن يُشارِكَه في الْمَقبوض، فثَبَت أن القِسمةَ ليست بنافِذةٍ.

ولا وجهَ إلى الأوَّل؛ لأن الْمُودَعَ يَصيرُ دافِعًا مالَ الغيرِ بغَير إذنِه، وإنه لا يَجوزُ، وبأن كان للحاضِر أن يَأخُذَ نَصيبَه لا يَكونُ للمُودَع أن يَدفَعَ إليه حِصّتَه؛ ألا تَرى أن ربَّ الدَّينِ إذا طَلَب من الْمُودَع الْمَديونِ أن يَقضيَ دَينَه من الوَديعة: لا يُؤمَرُ الْمُودَعُ بذلك،

(١) روى ابن أبي شيبة (٢٣٢٧١) عن زاذان قال: استودع رجلان امرأة وديعةً وقالا لها: لا تدفعيها لواحد منا حتى نجتمع عندك، ثم انطلقا فغابا، فجاء أحدهما إليها فقال: أعطيني وديعتي فإن صاحبي قد مات، فأبت حتى كثر اختلافه إليها ثم أعطته، فجاء الآخر بعد فقال: هاتي وديعتي، فقالت: قد جاء صاحبك فذكر أنك قد مت، فأخذ وديعتكما مني، فارتفعا إلى عمر، فلما قصا عليه القصة، قال لها عمر: ما أراك إلا قد ضمنت، قالت المرأة: يا أمير المؤمنين! اجعل عليًّا بيني وبينه، قال لعلي: اقض بينهما يا علي، قال علي: هذه الوديعة عندي، وقد أمرناها ألا تدفع إلى واحد منكما حتى تجتمعا عندها، فأت بصاحبك. فلم يُضَمِّنْها. قال: فرأوا أنهما أرادا أن يذهبا بمال المرأة.

(٢) في (هـ): ولا.

وإن كان لربِّ الدَّينِ أن يَأْخُذَه إذا ظَفِر به وهو من جِنس حقِّه.

وهذا بخِلاف الدَّينِ الْمُشترَكِ؛ لأن الْمَديونَ إنما يَقضِي الدَّينَ من مِلك نفسِه؛ إذ الدُّيونُ تُقضى بأَمثالها لا بأَعيانها، فدَفْعُه نَصيبَ الحاضِرِ إليه تَصرُّفٌ في مِلكه، وليس فيه قِسمةٌ على الغائِب.

أما الْمُودَعُ: فيَدفَعُ مالَ الغيرِ؛ ألا تَرى أن الرَّجُلَ إذا غاب وله عندَ إنسانٍ وَديعةٌ ودَينٌ، فجاء رَجُلٌ وقال: (إن فُلانًا وَكَّلني بقَبض وَديعتِه وبقَبض ما له عليك من الدَّين)، فصَدَّقه: أُمِر بتَسليم الدَّينِ دونَ الوَديعةِ.

وفيه حِكايةٌ، فإن رَجُلَين دَخَلا الحَمّامَ، وأودَعا عندَ الحَمّاميِّ ألفًا، فخَرَج أحَدُهما وطَلَبه، فأَعطاه، ثم خَرَج الآخرُ وطالَبه به، فتَحيَّر الحَمّاميُّ، فذَهَب إلى أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ فقال له أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قل له: كِلاكما أودَعتُماني، فلا أُعطِيك حتى يَحضُرَ صاحِبُك، فانقَطَع الرَّجُلُ وتَرَكَ الحَمّاميَّ.

أودِعا ما يُقسَمُ: قَسَما، وحَفِظ كلٌّ نِصفَه، وضَمِن بدَفعه إلى الآخَر، بخِلاف ما لا يُقسَمُ.

وإن أودَع رَجُلٌ عندَ رَجُلَين ما يُمكِنُ قِسمتُه: اقتَسَماه، ويَحفَظُ كلُّ واحِدٍ منهما نِصفَه؛ لأن المالِكَ رَضِي بحِفظهما، واجتِماعُهما على حِفظ الكلِّ مُتعذِّرٌ، فيُؤمران بالقِسمة؛ لأن المالِكَ إذ أودَعهما مع عِلمِه بأنهما لا يَقدِران على أن يَترُكا جَميعَ أشغالِهما، ويَجتمِعا في مَكانٍ واحِدٍ للحِفظ.. فقد صار راضِيًا بقِسمتهما وحِفظِ كلِّ واحِدٍ منهما النِّصفَ دَلالةً، والثّابتُ دَلالةً كالثّابِت نصًّا.

فإن دَفَع أحَدُهما كلَّه إلى الآخَر: ضَمِن عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وإن كان مما لا يُمكِنُ قِسمتُه: فلكلِّ واحِدٍ منهما أن يُسلِّمه إلى الآخَر.

وكذا الجَوابُ في الْمُرتهنَين والوَكيلَين بالشِّراء إذا سَلَّم أحَدُهما إلى الآخَر مما[1] يُمكِنُ قِسمتُه: ضَمِن عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقالا: لأحَدهما أن يَحفَظَ بإذن الآخَرِ فيما يُقسَمُ أيضًا؛ لأن المالِكَ رَضِي بأَمانتهما، فهذا الذي دَفَعه إليه كان المالِكُ راضِيًا بثُبوت يدِه عليه وحِفظِه له، كما فيما لا يَحتمِلُ القِسمةَ.

وله: أن المالِكَ رَضِي بحِفظهما لا بحِفظ أحَدِهما كلَّه؛ وهذا لأن الأصلَ أن فِعلَ الاثنَين إذا أُضِيف إلى ما يَقبَلُ الوصفَ بالتَّجزِّي.. تَناوَل البعضَ لا الكلَّ، فإذا سُلِّم الكلُّ إلى الآخَر ولم يَرضَ المالِكُ به: ضَمِن، ولا يَضمَنُ القابِضُ؛ لأن مُودَعَ الْمُودَعِ لا يَضمَنُ عندَه.

فأما فيما لا يُقسَمُ: فالمالِكُ رَضِي بثُبوت يدِه على الكلّ؛ لأن المالِكَ إذا أودَعهما مع عِلمِه أنهما لا يَجتمِعان على حِفظه آناءَ اللَّيلِ والنَّهارِ، وأمكَنهما الْمُهايأةُ.. فقد صار راضِيًا بحِفظ كلِّ واحِدٍ منهما بجَميعه.

(لا تَدفَعْ إلى عِيالك)، أو (ضَعْ في هذا البيتِ)، فدَفَع إلى من لا بُدَّ له منه، أو وَضَع في بيتٍ آخَرَ من الدّار: لم يَضمَن، وإلا ضَمِن.

وإذا أودَعه وَديعةً وقال: (لا تَدفَعْها إلى امرَأتك وعبدِك ووَلَدِك وأجيرِك -وهم في عِياله-؛ فإني أتَّهِمُهم عليها)، فدَفَعها إلى من نَهاه عنه، فهَلَكت.. فإن كان يَجِدُ بُدًّا من الدَّفع إليه، بأن كان له سِواه أهلٌ وخدَمٌ: فهو ضامِنٌ، وإن كان لا يَجِدُ بُدًّا من ذلك: لم يَضمَن؛ لأن شرطَه هذا مُفيدٌ، فقد يأتمِنُ الإنسانُ الرَّجُلَ على المال ولا يأتمِنُ عِيالَه.

إلا أنه إنما يَلزَمُه مُراعاةُ شرطِه بحَسَب الإمكانِ، فإن كان يَجِدُ بُدًّا من الدَّفع إلى

---

(١) في (هـ): ما.

من نُهِي عنه فهو مُتمكِّنٌ من حِفظها على الوَجه الْمَأمورِ به، فيَضمَنُ بحِفظها على الوَجه الْمَنهيِّ عنه، وإن كان لا يَجِدُ بُدًّا من ذلك لم يَضمَن؛ لأنه لا يُمكِنُه الحِفظُ إلا به، فلم يُمكِن العمَلُ به مع مُراعاةِ هذا الشَّرطِ، فلم يُعتبَر التَّقييدُ، فبَطَل، وصار كأنه قال: (لا تَحفَظ[1])؛ لأنه إذا لم يُمكِنه الحِفظُ دونَه صار النَّهيُ عن الدَّفع إليه كالنَّهي عن الحِفظ، فصار مُناقِضًا لأَصله، فبَطَل.

وهذا كمن أودَع دابّةً وقال: (لا تَدفَعْها إلى غُلامك)، أو نَهاه عن الدَّفع إلى امرَأته، والوَديعةُ شيءٌ يُحفَظُ على[2] يَد النِّساءِ[3]، والرَّجُلُ ممن لا يَجِدُ بُدًّا عنها: فهذا شرطٌ يُناقِضُ أصلَه، فصار باطِلًا.

وإن قال: (احفَظها في هذا البيتِ)، فحَفِظها في بيتٍ آخرَ من الدّار: لم يَضمَن، وإن حَفِظها في دارٍ أُخرى ضَمِن.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: وإن أمَره بالحِفظ في دارٍ بعَينها، ونَهاه عن الحِفظ في دارٍ أُخرى، فحَفِظها في دارٍ أُخرى: ضَمِن، وإن أمَره بالحِفظ في بيتٍ من دارٍ، ونَهاه عن الحِفظ في بيتٍ آخرَ من تلك الدّارِ، فحَفِظ في بيتٍ آخرَ: لا يَضمَنُ.

والأصلُ: أن الشَّرطَ إنما يَصِحُّ إذا كان مُفيدًا، والعمَلُ به مُمكنًا، والنَّهيُ عن الوَضع في دارٍ أُخرى مُفيدٌ؛ لأن الدّارَين تَختلِفان في الأمن والحِفظِ، فصَحَّ الشَّرطُ، وصَحَّ النَّهيُ؛ لأنه مُفيدٌ وأمكَن العمَلُ به.

فأما البَيتان في دارٍ واحِدةٍ: فقلما يَختلِفان في الحِرز، فالْمُتمكِّنُ من الأَخذ من أحَد

---

(١) في (د): تحفظه.

(٢) في (هـ): في.

(٣) في (د): الغلمان.

البيتَين يكونُ مُتمكِّنًا من الأخذ من البيت الآخرِ، فصار الشَّرطُ غيرَ مُفيدٍ، وتعذَّر العمَلُ به أيضًا، فلا يُعتبَرُ، كما لو قال: (احفَظها بيَمينك دونَ يَسارِك)؛ ألا ترى أنه لو قال: (احفَظها في هذا الصُّندوقِ في هذا البيتِ)، فحَفِظها في صُندوقٍ آخرَ في ذلك البيتِ: لا يَضمَنُ؛ لأن تَعيينَ الصُّندوقِ في هذه الصُّورةِ شرطٌ لا يُفيدُ؛ لأن الصُّندوقَين في بيتٍ واحِدٍ لا يَتفاوَتان، حتى لو ظَهَر التَّفاوُتُ بينَ البَيتَين، بأن كانت الدّارُ التي فيها البَيتان عَظيمةً، والبيتُ الذي نَهاه عن الحِفظ فيه عورةٌ ظاهِرةٌ: صَحَّ الشَّرطُ.

أودَع مُودَعٌ عندَ آخَرَ: ضَمِن الأوَّلُ فقط(س م).

ومن أودَع رَجُلًا وَديعةً، فأودَعها الْمُودَعُ آخرَ من غَير عِيالِه، فهَلَكت: ضَمِن الأوَّلُ دونَ الثّانِي عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: له أن يُضمِّنَ أيَّهما شاء؛ لأن الأوَّلَ جانٍ(١) بالتَّسليم بغَير إذنِ المالِكِ، والثّانِيَ مُتعدٍّ بالقَبض بغَير إذنِ المالِكِ، فللمالِك أن يُضمِّنَ أيَّهما شاء، كغاصِب الغاصِبِ، ومُودَعِ الغاصِبِ، والْمُشتَري من الغاصِب.

فإن ضَمَّن الأوَّلَ لم يَرجِع على الثّانِي؛ لأنه بالضَّمان مَلَكه، فتَبيَّن أنه أودَع مِلكَ نفسِه، وقد هَلَك في يَد الْمُودَعِ، وإن ضَمَّن الثّانِيَ رَجَع على الأوَّل؛ لأنه في القَبض والحِفظِ كان عامِلًا له، فيَرجِعُ عليه بما ضَمِن بسَبَبه.

وله: أن المالَ وَصَل إلى الثّانِي من يدِ أمينٍ، فلا يَضمَنُ، كما لو فَعَله بأمر صاحِبِ المالِ؛ وهذا لأن الضَّمانَ لا يَجِبُ بمُجرَّد الدَّفعِ ما لم يُفارِقه؛ لأن الحِفظَ لا يَفوتُ ما دام في مَجلِسه، والمالِكُ إنما رَضِي بحِفظه ورأيِه لا بصُورة يدِه؛ بدَليل أنه لو سَلَّمها إليه ليَحفَظَها بحَضرته، فهَلَكت: لم يَضمَن واحِدٌ منهما، فصار نفسُ الإيداعِ لا يَقطَعُ رأيَ

(١) في (د) ونسخة على هامش (ج): خائن.

الأَوَّلِ مُطلَقًا له، فلم يَضمَن به.

فإذا فارَق الأوَّلُ الثّانيَ فإنما يَضمَنُ بالتَّضييع بتَرك الحِفظِ الْمُلتزَمِ بالعقَد حينَ فارَقه، فأما الثّانِي: فما تَرَكَ الحِفظَ بعدَ الافتِراقِ، بل هو أمينٌ استَمرَّ على الحالة الأُولى، ولم يُفوِّت حِفظًا التَزَمه بعقدٍ، ولم يُوجَد منه صُنعٌ يَجِبُ به الضَّمانُ بعدَه، فلا يَضمَنُ، فصار هذا في حقِّه كثَوبٍ هَبَّت به الرِّيحُ وألقَتْه في حِجره، فإذا هَلكت من غَير صُنعِه لم يَضمَن.

فإن قِيل: الأوَّلُ إنما يَصيرُ مُضيِّعًا بالْمُفارَقة؛ لأن الثّانيَ لا يَصلُحُ[1] حافِظًا وأمينًا، وإلا لا يَضمَنُ، كما لو أودَعه عندَ عِيالِه وفارَقه، فإذا ضَمِن الأوَّلُ بالتَّركِ عندَ الثّانِي كان من ضَرورته أن يَضمَنَ الثّانِي.

قُلنا: ربُّ المالِ لو قال: (أذِنتُ لك أن تَدفعَه إلى فُلانٍ، لكن بشَرط أن لا تُفارِقَه)، ففارَقه: ضَمِن الأوَّلُ دونَ الثّانِي، وهذا تَقريرُ مَسألتِنا، فصار الثّانِي مُودِعًا مُنفرِدًا في حقِّ نفسِه؛ لأنه لَمّا لم يَصِر نفسُ الإيداعِ جِنايةً بل صار داخِلًا في وِلايته حالَ حَضرتِه.. حَصَلت الوَديعةُ في يَد الثّانِي أمانةً، فلا يَضمَنُ بالإمساك.

معه ألفٌ، ادَّعى رَجُلانِ كلٌّ أنه له أودَعه إيّاه، فنكَل لهما: فهو لهما، وعليه ألفٌ آخرُ لهما.

رَجُلٌ في يَده ألفٌ، فادَّعاه رَجُلان، كلُّ واحِدٍ منهما يَدَّعي أنه له أودَعه إيّاه، فأَبى أن يَحلِفَ لهما: فالألفُ لهما، وعليه ألفٌ آخرُ بينَهما؛ لأنه صَحَّت دَعوى كلِّ واحِدٍ منهما، فتَوجَّهت اليَمينُ لهما.

وإنما يَحلِفُ لكلِّ واحِدٍ منهما بانفِراده: لأن كلَّ واحِدٍ منهما ادَّعاه بانفِراده،

(١) في (هـ): الثاني يصلح.

والمَسألةُ على أربَعة أوجُهٍ؛ لأنه إما أن يَحلِفَ لكلِّ واحِدٍ منهما، أو يَحلِفَ للأوَّل ويَنكُلَ للثّانِي، أو بالعَكس، أو يَنكُلَ لهما.

فإن حَلَف لكلِّ واحِدٍ منهما: فلا شيءَ لهما، وإن حَلَف للأوَّل ونكَل للثّانِي: فالألفُ له ببَذله أو بإقراره، وإن نكَل للأوَّل وحَلَف للثّانِي: فالألفُ للأوَّل، ولا شيءَ للثّانِي، وإن نكَل للثّانِي أيضًا: فالألفُ بينهما؛ لأنه أوجَب الحقَّ لكلِّ واحِدٍ منهما ببَذله أو بإقراره، وعليه ألفٌ آخرُ بينَهما؛ لأن نُكولَه أوجَب لكلِّ واحِدٍ منهما كلَّ الألفِ، كأنْ ليس معه غيرُه، فإذا صَرَفه إليهما فقد صَرَف نِصفَ نَصيبِ هذا إلى هذا، ونِصفَ هذا إلى هذا، فيَغرَمُ ذلك.

ويَنبَغي للقاضِي أن لا يَقضيَ بالنُّكول للأوَّل حتى يُحلِّفَ للثّانِي؛ ليَظهَرَ له وجهُ الحُكمِ، وهذا بخِلاف ما إذا أقَرَّ لأحَدهما؛ فإنه يَقضي بالألف للمُقَرِّ له؛ لأن الإقرارَ حُجّةٌ مُوجِبةٌ بنفسه لا يَتوقَّفُ على القَضاء، فحينَ أقَرَّ به للأوَّل ثَبَت الحقُّ له، فيُؤمَرُ بالتَّسليم إليه.

فأما النُّكولُ: فإنما يَصيرُ حُجّةً بالقَضاء بإنزاله مُقِرًّا أو باذِلًا، فحينَ نكَل للأوَّل لم يَثبُت الحقُّ له، فلا يُقضى له.

فلو قَضى القاضِي للأوَّل حينَ نكَل مع أنه ليس له ذلك: لا يَنفُذُ قَضاؤُه، حتى لو حَلَّفه للثّاني بعدَه، فنكَل: يَكونُ الألفُ بينَهما، ويَغرَمُ ألفًا آخرَ بينَهما؛ لأن تَقديمَ اليَمينِ لأحَدهما إما أن يَقَعَ باختيار القاضِي -لأن للقاضِي أن يَبدأَ بأيِّهما شاء؛ لتَعذُّر الجمعِ بينَهما وعدَمِ الرُّجحانِ لأحَدهما- أو بالقُرعة؛ تَطييبًا لقَلبهما، ونفيًا لتُهمة الميلِ.

وكلُّ واحِدٍ منهما لا يَصلُحُ لإبطال حقٍّ أو إيجابِ حقٍّ، فلم يكن القَضاءُ للأوَّل مُبطِلًا حقَّ الثّانِي.

ووَضَع الخصّافُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ الْمَسألةَ في العَبد وقال: لو قَضى بنُكوله للأوَّل نَفَذ قَضاؤُه؛ لأن القَضاءَ وَقَع في محَلِّ الاجتِهادِ؛ فإن من العُلَماء من قال بأن الْمُدَّعى عليه متى نَكَل لأحَدهما فالقاضِي يَقضِي به للأوَّل، ولا يَنتظِرُ تَحليفَه للثّانِي؛ لأن النُكولَ إقرارٌ، ثم لا[1] يُحلَّفُ للثّانِي؛ لأن نُكولَه لا يُفيدُ بعدَما صار للأوَّل.

ويَنبَغي أن يُحلِّفَه عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: باللهِ ما لهذا عليك هذا العبدُ ولا قِيمتُه -وهو كذا وكذا-، ولا أقَلُّ منه.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُحلِّفُه؛ بِناءً على أن الْمُودَعَ إذا أقَرَّ بالوَديعة لفُلانٍ، ثم قال: (لا، بل أودَعنيه فُلانٌ)، ودُفِع إلى الأوَّل بقَضاءٍ: يَضمَنُ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه أقَرَّ بلُزوم الحِفظِ، ثم عَرَّضه للتَّلَف بإقراره.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَضمَنُ؛ لأن الدَّفعَ بإكراه القاضِي، وقد مَرَّ في الإقرار.

وإن ادَّعى كلُّ واحِدٍ منهما الوَديعةَ في هذا العَينِ، فأقَرَّ به لأحَدهما، ودَفَعه إليه.. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس للآخر أن يَستحلِفَه؛ لأنه حينَ أقَرَّ به لا يَلزَمُه الضَّمانُ؛ لأن الإتلافَ على الآخَر إنما حَصَل بدَفع العبدِ إلى الْمُقَرِّ له، والدَّفعُ حَصَل بالقَضاء، فلا يَكونُ مُوجِبًا عليه الضَّمانَ، فإذا أنكر لا يُستحلَفُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَستحلِفُه؛ لأنه حينَ أقَرَّ به يَلزَمُه الضَّمانُ؛ لأنه بعَقد الوَديعةِ التَزَم الحِفظَ، والتَزَم الضَّمانَ بتَركِ الحِفظِ، فمتى أقَرَّ به لإنسانٍ فقد سَلَّطه على الأخذ[2]، فصار تارِكًا للحِفظ الواجِبِ عليه بالعَقد، فيَضمَنُ، كما لو دَلَّ سارِقًا على السَّرِقة، فإذا أنكر يَستحلِفُه.

---

(١) سقطت من (د).

(٢) في (د): الآخر.

أودَع مَحجورًا، فأودَع مِثلَه، فضاع: ضَمِن الأوَّلُ بعدَ عِتقِه(س)، بخِلاف الثّانِي(م).

حُرٌّ أودَع عبدًا مَحجورًا وَديعةً، فدَفَعها العبدُ إلى عبدٍ مَحجورٍ آخرَ، فضاع عندَ الثّانِي: فله أن يُضمِّنَ الأوَّلَ بعدَ عِتقِه؛ لأنه سَلَّطه على إتلافه، وشَرَط عليه الضَّمانَ، فصَحَّ التَّسليطُ، وبَطَل شرطُ الضَّمانِ في حقِّ الْمَولى، ولا يُضمِّنُ الثّانِيَ(١)؛ لأن مُودَعَ الْمُودَعِ لا يَضمَنُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ إذا لم يَجْنِ(٢)، كذا في «الجامِع الكَبيرِ» لفَخر الإسلامِ وشمسِ الأئِمّةِ السَّرَخسيِّ وغيرِهما رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وذَكَر في «الحَصر» و«الْمُختلِفِ» ناقِلًا عن «الجامِع الكَبيرِ»: وله أن يُضمِّنَ الثّانيَ في الحال؛ لأنه لم يُسلِّطه، ولم يَرضَ بقَبضه، فضَمِن بفِعله، وهو مُؤاخَذٌ بأَفعاله في الرِّقّ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: له أن يُضمِّنَ أيَّهما شاء في الحال؛ لأن الْمَحجورَ الْمُودَعَ يَضمَنُ بالإتلاف عندَه، ودفعُه إلى غَيره بغَير إذنِ المالِكِ إتلافٌ، وكذا قبضُ الثّانِي سببُ الضَّمانِ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: ليس له أن يُضمِّنَ الأوَّلَ ما لم يَعتِق؛ لأنه مع أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ في إيداع العبدِ الْمَحجورِ، ولا يُضمِّنُ الثّانيَ أيضًا ما لم يَعتِق واحِدٌ منهما؛ لأنه لو ضَمَّنه لكان له أن يَرجِعَ على الأوَّل؛ لأنه استعمَله، ويَصيرُ ذلك تَضمينَ الْمُودَعِ قبلَ العِتقِ، وهو لا يَقولُ به.

ولو هَلَكَ عندَ ثالِثٍ: لم يَغرَم(س م) الثّانِي، وغَرِم الأوَّلُ بعدَ عِتقِه(س)، والثّانِي(م د) الآنَ.

ولو أودَع رَجُلٌ عندَ عبدٍ مَحجورٍ وَديعةً، فأودَع هذا العبدُ عندَ عبدٍ مَحجورٍ آخرَ، ثم أودَع الثّانِي عندَ الثّالثِ، فهَلكت عندَ الثّالثِ: فلا ضَمانَ على الثّالث وإن عَتَق؛ لأنه

(١) في (ب): للثاني.

(٢) في (د): يخن. وانظر «المحيط» ٧/ ٦١٠ و«الدرر» ٢/ ٢٤٨.

مُودَعُ الْمُودَعِ، وهو غيرُ ضامِنٍ عندَه[1]، ويَغرَمُ الأوَّلُ بعدَ عِتقِه، والثّاني في الحال؛ لأنه استَهلَكه بدَفعه إلى الثّالِث، ومُودَعُ الْمُودَعِ يَضمَنُ عندَه إذا جَنى.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أن يُضمِّنَ أيَّ الثَّلاثِ شاء في الحال؛ لأن الأوَّلَ ضَمِن بتَسليم مالِ غيرِه بغَير إذنِه، والثّانِي كذلك، والثّالثُ قَبَض مالَ غيرِه بغَير إذنِه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا ضَمانَ على الأوَّل ما لم يَعتِق؛ لأنه مع أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في إيداع العبدِ الْمَحجورِ، وله أن يُضمِّنَ الثّانيَ أو[2] الثّالثَ في الحال؛ لفِعلهما من غير تَسليطِ المالِكِ.

قال له: (قَبَضتَ بعضَ[3] وَديعتِك)، ومات: أُمِر ببَيانه، وصُدِّق، لا الوَرَثةُ، وكذا لو أقَرَّ المالِكُ به في حَياته، أو بعدَ مَوتِه.

ولو قال الْمُودَعُ لربِّ الوَديعةِ: (قَبَضتَ بعضَ وَديعتِك)، ثم مات الْمُودَعُ، فقال صاحِبُها: (لم أقبِض شيئًا): أُمِر ببَيانه؛ لأنه قد ثَبَت قبضُ شيءٍ بقَول الْمُودَعِ؛ لأن قولَه نافِذٌ عليه كأنه أقَرَّ بنَفسه، فعليه بَيانُه.

فإن قال: (قَبَضتُ مِائةً)، وقالت الوَرَثةُ: (تِسعَمائةٍ): فالقولُ للمالِك مع يَمينِه؛ لأنه يُنكِرُ الزِّيادةَ.

وكذا لو أقَرَّ المالِكُ في حَياته أو بعدَ موتِه بقَبض البعضِ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) أي عند الإمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَى.

(٢) في (هـ): و.

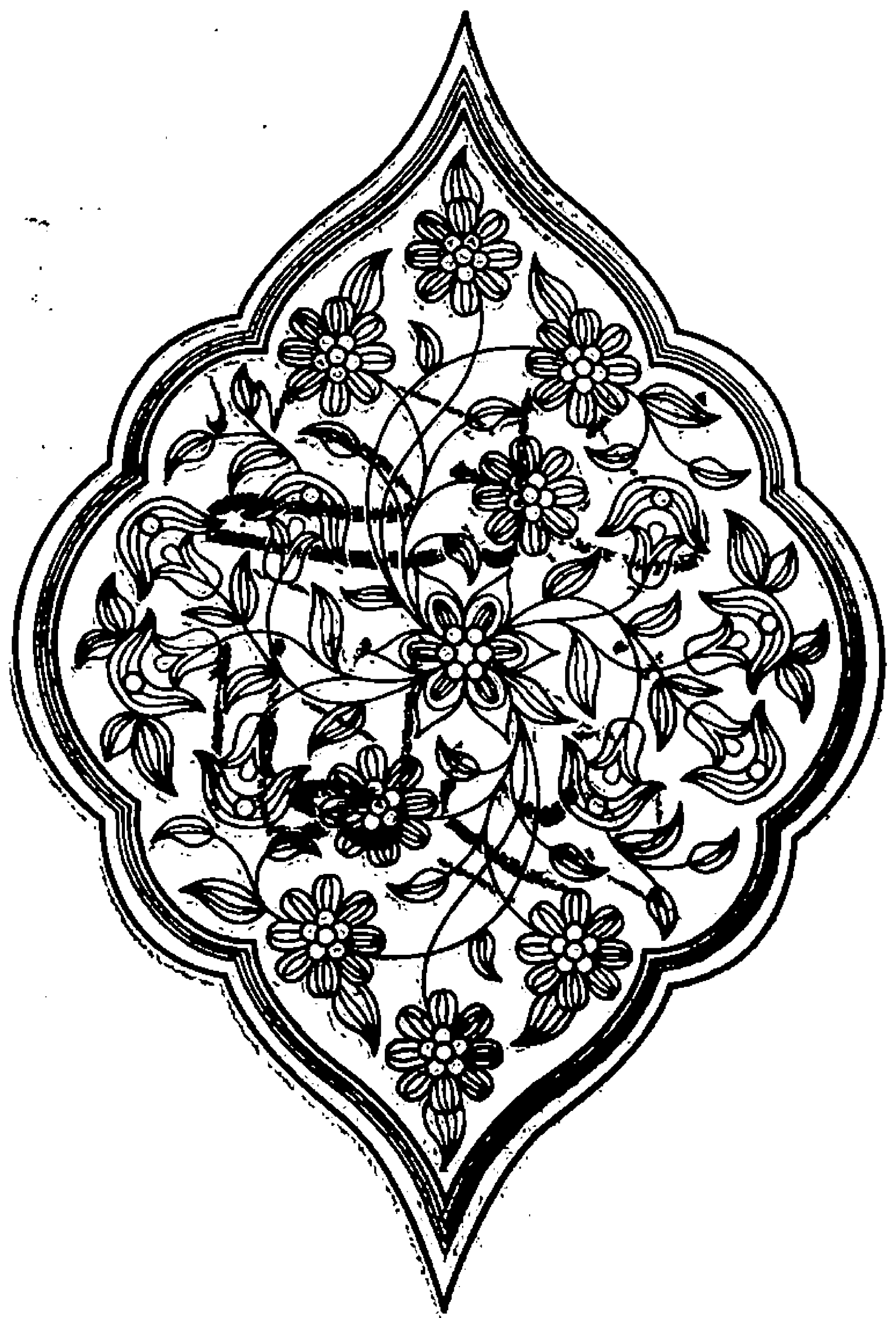
(٣) سقطت من (م).

... ذلك ...

... الأول

(٢١٤) (٨)

كِتَابُ العَارِيَّةِ



كتاب العارية

كِتابُ العارِيّةِ[1]

يُقالُ: استَعرتُ منه الشَّيءَ، فأعارَنيه، واستَعرتُه إيّاه: على حَذف الجارِّ.

وهي مُشتقّةٌ من التَّعاوُر، وهو التَّناوُب، فكأنه يَجعَلُ للغير[2] نوبةً في الانتِفاع بمِلكه على أن تَعودَ النَّوبةُ إليه بالاستِرداد متى شاء، ولهذا كانت الإعارةُ في الْمَكيل والْمَوزونِ قرضًا؛ لأنه لا يُنتفَعُ بهما إلا باستِهلاك[3] العَينِ، فلا تَعودُ النَّوبةُ إليه في عَينه ليَكونَ إعارةً حَقيقةً، وإنما تَعودُ النَّوبةُ إليه في الْمِثل، وما يَملِكُ الإنسانَ الانتِفاعَ به على أن يَكونَ مِثلُه مَضمونًا عليه: يَكونُ قرضًا.

وشَرعيّتُها: بالكِتاب؛ لأنها إعانةٌ بمَنفَعة مالِه وإحسانٌ، وكِلاهما مَنصوصان، وأوعِد مانِعو العَواريِّ بقَوله تَعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧]، فقد جاء في التَّفسير: أنه منعُ العَواريِّ[4]، ولَمّا كان المنعُ مَذمومًا كان الإعطاءُ مَحمودًا.

---

(١) العارية: هي بتشديد الياء: تمليك منفعة بلا بدل.

فالتمليكات أربعة أنواع: فتمليك العين بالعوض بيع، وبلا عوض هبة، وتمليك المنفعة بعوض إجارة، وبلا عوض عارية. «التعريفات» ص١٤٦.

(٢) في (هـ): للمستعير.

(٣) في (هـ): بعد استهلاك.

(٤) روى النسائي في «الكبرى» (١١٦٣٧) عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه قال: كل=

والسُّنَّةِ، فقد استعار رسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دُروعًا من صَفوانَ[1].

وإجماعِ الأُمّةِ.

تَمليكُ مَنفَعةٍ(ف) بلا عِوَضٍ.

وهي: تَمليكُ الْمَنفَعةِ بلا عِوَضٍ.

وقال الشّافعيُّ والكَرْخيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هي: إباحةُ الانتِفاعِ لا تَمليكُ الْمَنفَعةِ، ولهذا تَنعقِدُ بلَفظ الاباحةِ.

ولا يُشترَطُ إعلامُ مِقدارِ الْمَنفَعةِ ببَيان الْمُدّةِ، والْمَنافِعُ لا تَصيرُ مَعلومةً إلا بذِكر الْمُدّةِ، والجَهالةُ تَمنَعُ صِحّةَ التَّمليكِ، ولا تَمنَعُ صِحّةَ الإباحةِ، وتَبطُلُ الإعارةُ بالنَّهي، ولو كانت تَمليكًا لَمَا بَطَلَت بالنَّهي، كالهِبة والإجارةِ، ولا يَملِكُ الْمُستعيرُ الإجارةَ

=معروف صدقة، كنا نعد الماعون على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عارية الدَّلو والقِدْر.

وروى ابن أبي شيبة (١٠٦١٧) والطبراني في «الأوسط» (١٤٧٢) عن عبد الله بن مسعود قال: كنا نقول في قوله: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾: القِدر والدَّلو وأشباه ذلك، فإنه لا غنى بالناس عنها.

وروى الطبراني (١٢٣٥٤) عن ابن عباس قال: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ قال: العارية.

وروى ابن أبي شيبة (١٠٦١٩) عن علي: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ قال: الزكاة المفروضة. وقال ابن عباس: عارية المتاع.

(١) روى الإمام أحمد (١٥٣٠٢)، وأبو داود (٣٥٦٢) واللفظ له: عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعار منه أدراعًا يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «لا، بل عاريةٌ مضمونةٌ». وروى أبو داود: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «يا صفوان! هل عندك من سلاح؟»، قال: عاريةً أم غصبًا؟ قال: «لا، بل عارية»، فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعًا.

ووردت الاستعارة من غير صفوان: فقد روى البخاري (٢٦٢٧) عن أنس قال: كان فزع بالمدينة، فاستعار النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرسًا من أبي طلحة يقال له المندوب، فركب، فلما رجع قال: «ما رأينا من شيء، وإن وجدناه لبحرًا».

من غَيره، ومن مَلَك شيئًا بغَير عِوَضٍ يَملِكُ تَمليكَه من غَيره بعِوَضٍ وبغَير عِوَضٍ، كالمَوهوب له.

ولنا: أنها تُنبِئُ عن التَّمليك؛ لأنها من العَرِيّة، وهي العَطِيّةُ في الثِّمار بالتَّمليك من غَير عِوَضٍ، فالعارِيّةُ في الْمَنفَعة كذلك، ولهذا تَنعقِدُ بلَفظ التَّمليكِ، بأن يَقولَ: (مَلَّكتُك مَنفَعةَ دارِي هذه شهرًا)، واختَصَّت بما يُمكِنُ الانتِفاعُ به مع بَقاءِ عَينِه، وما يَجوزُ تَمليكُ مَنفَعتِه بعِوَضٍ، كعَقد الإجارةِ.

ولأن الْمَنفَعةَ تَحتمِلُ التَّمليكَ بعِوَضٍ؛ دفعًا للحاجة، فتَحتمِلُ التَّمليكَ بغَير عِوَضٍ، كالعَين، فنَزَلت الإعارةُ من الإجارة مَنزِلةَ الهِبةِ من البَيع في الأَعيان، وانعِقادُ الإعارةِ بلَفظة الإباحةِ؛ لأنها استُعِيرت للتَّمليك، كما في الإجارة، فإنها تَنعقِدُ بلَفظ الإباحةِ مع أنها تَمليكُ الْمَنفَعةِ.

وإنما صَحَّت العارِيّةُ مع جَهالة الْمُدّةِ، وإن لم يَصِحَّ التَّمليكُ مع جَهالةِ الْمُدّةِ: لأن هذه الجَهالةَ لا تُفضِي إلى الْمُنازَعة؛ لأن للمُعِير أن يَفسَخَ العقدَ في كلِّ ساعةٍ؛ لكَونها غيرَ لازِمةٍ، والجَهالةُ التي لا تُفضِي إلى الْمُنازَعة لا تَمنَعُ صِحّةَ العقدِ، بخِلاف الْمُعاوَضاتِ؛ لتَعلُّق صِفةِ اللُّزومِ بها، فاشتِراطُها ثَمَّ لقَطع الْمُنازَعةِ.

ولأن الْمِلكَ إنما يَثبُتُ عندَ اتِّصالِ القبضِ، وهو الانتِفاعُ، وعندَ القبضِ مَعلومٌ، والجَهالةُ قبلَه لا تُفضِي إلى الْمُنازَعة، ولهذا لو عُلِمت الْمَنفَعةُ بالتَّسمِية في الإجارة لا يُشتَرطُ فيها ضربُ الْمُدّةِ، كما في الصَّبغ والخِياطةِ.

والنَّهيُ منعٌ عن التَّملُّك، فلا تَحصُلُ الْمَنافِعُ على مِلكه؛ لكَونه دَليلَ الرُّجوعِ والاستِردادِ، لا إبطالٌ للمِلك بعدَ ثُبوتِه.

وإنما لا يَملِكُ الإجارةَ: لِما فيه من إلحاق الضَّرَرِ بالْمُعِير[1]؛ فإنه مَلَكها على وجهٍ يَتمكَّنُ من الاستِرداد متى شاء، ولو صَحَّت الإجارةُ منه لم يَتمكَّن من الاستِرداد؛ لأنها لازِمةٌ حينَئذٍ؛ لكَونها بتَسليط الْمُعيرِ، فهو نَظيرُ ما لو استَأجَر دابّةً أو ثَوبًا، ليس له أن يُؤْجِرَ من غَيره؛ لئلا يَتضرَّرَ الْمُؤْجِرُ.

وتَصِحُّ بـ (أعَرتُك)، و(أطعَمتُك أرضِي)، و(مَنَحتُك ثَوبِي)، و(حَمَلتُك على دابّتِي)، و(أخدَمتُك عَبدِي)، و(دارِي لك سُكنى)، و(دارِي لك عُمْرَى سُكنى).

وتَصِحُّ بـ (أعَرتُك)؛ لأنه صَريحٌ فيها.

و(أطعَمتُك أرضِي)؛ لأن الإطعامَ إذا أُضِيف إلى ما يُطعَمُ عَينُه يُرادُ به تَمليكُ عَينِه، وإن أُضِيف إلى ما لا يُطعَمُ، كالأَرض.. يُرادُ به أكلُ غَلّتِها؛ إطلاقًا لاسم المحَلِّ على الحالّ.

و(مَنَحتُك ثَوبي هذا) أو (جارِيَتي هذه)؛ لأنه إذا أُضِيف إلى ما لا يُنتفَعُ به مع بَقاءِ عَينِه فهي هِبةٌ، وإن أُضِيف إلى ما يُنتفَعُ به مع بَقاءِ عَينِه فهي عارِيّةٌ.

و(حَمَلتُك على دابّتي هذه)؛ لأنه يُقالُ في العُرف: (حَمَل فُلانٌ فُلانًا على دابّته)، ويُرادُ به الإعارةُ؛ لأن الحملَ هو الإركابُ حَقيقةً، فكان عارِيّةً.

وقولُه في «الهِداية»: (ومَنَحتُك هذا الثَّوبَ، وحَمَلتُك على هذه الدّابّةِ.. إذا لم يُرد به الهِبةَ؛ لأنهما لتَمليك العَينِ، وعندَ عدَمِ إرادتِه الهِبةَ يُحمَلُ على تَمليك الْمَنافِعِ تَجوُّزًا): مُشكِلٌ من وُجوهٍ..

أحَدُها: أنه قال: (إذا لم يُرد به الهِبةَ)، وكان يَنبَغي أن يَقولَ: (إذا لم يُرد بهما)؛ بدَليل التَّعليلِ.

---

(١) في (ب): بالغير، وفي (ج): بالمغير.

ويُمكِنُ أن يُجابَ عنه: بأن الضَّميرَ يَرجِعُ إلى الْمَذكور؛ كقَوله تَعالى: ﴿عَوَانٌۢ بَيْنَ ذَٰلِكَ﴾ [البَقَرة: ٦٨].

وثانِيها: أنه جَعَل هذين اللَّفظَين حَقيقةً لتَمليك العَينِ، ومَجازًا لتَمليك الْمَنفَعةِ.

ثم ذَكَر في كِتاب الهِبةِ في بَيان ألفاظِها: (وحَمَلتُك على هذه الدّابّةِ.. إذا نَوى بالحُمْلانِ الهِبةَ)، وعَلَّل بأن الحَمْلَ هو الإركابُ حَقيقةً، فيَكونُ عارِيّةً، لكنه يَحتمِلُ الهِبةَ.

وثالِثُها: أنهما لَمّا كانا لتَمليك العَينِ حَقيقةً، والحَقيقةُ تُرادُ باللَّفظ بلا نِيّةٍ.. فعندَ عدَمِ إرادةِ الهِبةِ لا يُحمَلُ على تَمليك الْمَنفَعةِ، بل على الهِبة.

و(أخدَمتُك عَبدي هذا)؛ لأنه إذنٌ في استِخدامه.

و(دَاري لك سُكنى)؛ لأنها وإن كانت لتَمليك العَينِ ظاهِرًا فهي تَحتمِلُ تَمليكَ الْمَنفَعةِ، وقولُه: (سُكنى) مُحكَمٌ في العارِيّة، فحَمَلنا الْمُحتمِلَ على الْمُحكَم، وكأنه قال: (سُكناها لك).

و(دَاري لك عُمْرَىٰ سُكنى)، يُقالُ: (أعمَره الدّارَ)، أي قال: (هي لك مُدّةَ عُمُرِك)، والعُمْرىٰ: اسمٌ منه، فيَصيرُ مَعناه: جَعَلتُ سُكناها لك مُدّةَ عُمُرِك.

ويَرجِعُ الْمُعِيرُ متى شاء.

وللمُعير أن يَرجِعَ في العارِيّة متى شاء؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الْمِنحةُ مَردودةٌ، والعارِيّةُ مُؤدّاةٌ**»(١).

---

(١) رواه الإمام أحمد (٢٢٢٩٤)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥٠)، وابن ماجه (٢٣٩٨). جميعهم بتقديم العارية على المنحة.

قال الخطابي في «معالم السنن» ٣/ ١٧٦: قوله: «المنحة مردودة» المنحة هي ما يمنحه الرجل=

ولأن الْمَنافِعَ تَحدُثُ شيئًا فشيئًا، وثُبوتُ الْمِلكِ فيها بحَسَب حُدوثِها، فالرُّجوعُ بالإِضافة إلى الْمَنافِع التي لم تَحدُث يَكونُ امتِناعًا عن التَّمليك، وله وِلايةُ الامتِناعِ.

ولو هَلَكت بلا تَعَدٍّ لا يَضمَنُ(ف).

والعارِيّةُ أمانةٌ، إن هَلَكت بلا تعدٍّ لا يَضمَنُ، سَواءٌ هَلَكت من استِعماله أوْ لا من استِعماله، وهو قولُ عمرَ وعليٍّ وابنِ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[1].

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إن هَلَكت من الاستِعمال الْمُعتادِ لم يَضمَن، وإن هَلَكت لا في حال الانتِفاعِ يَضمَنُ، وهو قولُ ابنِ عبّاسٍ وأبي هُرَيرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[2]؛ لقَوله

= صاحبه من أرض يزرعها مدة ثم يردها، أو شاة يشرب دَرَّها ثم يردها على صاحبها، أو شجرة يأكل ثمرتها، وجملتها أنها تمليك المنفعة دون الرقبة، وهي من معنى العواري، وحكمها الضمان كالعارية.

(١) روى عبد الرزاق (١٤٧٨٥) عن عبد الله بن عكيم الجهني قال: قال عمر بن الخطاب: العارية بمنزلة الوديعة، ولا ضمان فيها إلا أن يتعدى.

وروى عبد الرزاق أيضًا (١٤٧٨٦) عن الحكم بن عتيبة: أن علي بن أبي طالب قال: ليس على صاحب العارية ضمان.

وروى ابن أبي شيبة (٢٠٥٤٦) عن الحكم: أن عليًّا قال في العارية: هو مؤتمن.

ورى عبد الرزاق (١٤٧٨٨) وابن أبي شيبة (٢٠٥٥٣) واللفظ له: عن محمد بن الحنفية عن علي قال: العارية ليست بيعًا، ولا مضمونة، إنما هو معروف، إلا أن يخالف فيضمن.

ولم أقف على رواية ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في ذلك، وقد ذكر الطحاوي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى في «مشكل الآثار» كلا القولين، فنسب الضمان لابن عباس وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم، ثم قال ١١/ ٣٠١: ولكنه وإن كان من ذكر في هذين الحديثين قد ضمنها فإن منهم من لم يضمنها، وجعلها أمانة، وهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا... ثم روى حديثيهما.

(٢) روى عبد الرزاق (١٤٧٩١) وابن أبي شيبة (٢٠٥٤٤) عن ابن أبي مليكة قال: كتب إليَّ ابن عباس أن ضَمِّن العارية إن شاء صاحبها. =

عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «العارِيَّةُ مَضمونةٌ»(١).

ولأنه قَبَض مالَ الغيرِ لنَفسه لا عن استِحقاقٍ تَقدَّم، فكان مَضمونًا عليه، كالْمَقبوض على سَوم الشِّراءِ، والْمُستقرِضُ بخِلاف الْمُودَعِ؛ لأنه ما قَبَض لنَفسه، بل لِمَنفَعة المالِكِ، وهو الحِفظُ، ولهذا لا تَلزَمُه مُؤنةُ الرَّدِّ.

وبخِلاف الْمُستأجِرِ؛ لأن قبْضَه مُستحَقٌّ، ولهذا يُجبرُ الْمُؤْجِرُ على تَسليم الدّارِ، ومتى سَلَّم لا يَملِكُ الاستِردادَ حتى تَمضيَ مُدّةُ الإجارةِ.

والْمُوصَى له بخِدمة العبدِ؛ فإن العبدَ لا يَصيرُ مَضمونًا عليه وإن قَبَضه لنَفسه؛ لأن قبْضَه مُستحَقٌّ، ولهذا يُجبرُ الوَرَثةُ على تَسليم العبدِ إليه، ولا يَلزَمُ أنه مَأذونٌ بالقَبض؛ لأنه إنما ثَبَت الإذنُ بالقَبض ضَرورةَ الانتِفاعِ؛ إذ لا يُمكِنُه الانتِفاعُ إلا بقَبض العَينِ، والثّابتُ بالضَّرورة يَتقدَّرُ بقَدْرها، فيَظهَرُ في حالة الانتِفاعِ لا في غَير حالةِ الانتِفاعِ، فبَقِي القبضُ في غَير حالةِ الانتِفاعِ غيرَ مَأذونٍ فيه، فيَضمَنُ.

ولأن قبضَ العارِيّةِ يُوجِبُ ضَمانَ الرَّدِّ حالَ قِيامِ العَينِ، فيُوجِبُ ضَمانَ القِيمةِ

= وروى ابن أبي شيبة أيضًا (٢٠٥٦١) عن عبد الرحمن بن السائب: أن رجلًا استعار من رجل بعيرًا، فعطب البعير، فسأل مروان أبا هريرة فقال: يضمن.

وروى عبد الرزاق (١٤٧٩٢) عن ابن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن عبد الرحمن بن السائب، عن أبي هريرة قال: العارية تغرم. قال عمرو: وأخبرني ابن أبي مليكة عن ابن عباس مثله.

(١) قال في «التلخيص الحبير» ٣/ ١١٦: حديث: «العارية مضمونة، والزعيم غارم»: تقدم في الضمان من حديث أبي أمامة، لكن بلفظ: «العارية مؤداة»، وأما بلفظ: «مضمونة» فهو في الحديث الآتي: حديث: أنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعار من صفوان أدرعًا يوم حنين، فقال: أغصبًا يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة». أبو داود من حديث صفوان، وقال: «لا بل عارية مضمونة»، وأخرجه أحمد والنسائي والحاكم...

حالَ هَلاكِ العَينِ، كقَبض الغصبِ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ليس على الْمُستَعير غيرِ الْمُغِلِّ ضَمانٌ»[1].

فإن قِيل: يُحمَلُ الحَديثُ على الهَلاك حالَ الانتِفاعِ؛ ليكونَ توفيقًا بينَ الحَديثَين ودفعًا للتَّعارُض.

قُلنا: ما رَوَيتُم مَحمولٌ على ضَمان الرَّدِّ، وهذا على ضَمان العَينِ، فلا تَعارُضَ.

ولأنه قَبَض العَينَ للانتِفاع به بإذنٍ صَحيحٍ من المالِك، فلا يَكونُ مَضمونًا عليه، كالْمُستأجِر؛ وهذا لأن الضَّمانَ إنما يَجِبُ بالالتِزام بالعَقد أو بتَفويت شيءٍ على المالِك جبرًا، والعقدُ تبرُّعٌ، فلا يَكونُ عقدَ ضَمانٍ، كالهِبة، والتَّفويتُ مَعدومٌ؛ لوُجود الإذنِ.

وقولُه: (الإذنُ للانتِفاع).. قُلنا: الحاجةُ إلى اعتِبار الإذنِ لتَزولَ به صِفةُ التَّعدِّي عن القَبض، والتَّعدِّي لا يَبقى مع الإذنِ، سَواءٌ حَصَل القبضُ للانتِفاع أو لغَيره.

ولأن الإذنَ بالقَبض وُجِد مُطلَقًا غيرَ مُقيَّدٍ بحال الانتِفاع، فلا يُقيَّدُ بحال الانتِفاع؛ وهذا لأن الضَّرورةَ كما دَعَت إلى إظهار الإذنِ بالقَبض في حال الانتِفاع.. دَعَت إلى إظهار الإذنِ بالقَبض في غَير حالِ الانتِفاعِ أيضًا؛ لأنه إنما يَنتفِعُ بمال الْمُعيرِ حسَبَ انتِفاعِه بمال نفسِه، وإنما يَنتفِعُ بمال نفسِه ساعةً دونَ ساعةٍ؛ إذ لو انتَفَع به دائمًا لهَلَك[2]، فكان إمساكُ العَينِ للانتِفاع في ثاني الحالِ مَأذونًا ضَرورةً، فلا يَضمَنُ.

وإنما وَجَب ضَمانُ الرَّدِّ مُؤنةً للقَبض الحاصِلِ لنَفسه، وهو كالنَّفَقة تَجِبُ على الْمُستَعير؛ لأن مَنفَعةَ القبضِ حاصِلةٌ له لا لنَقض القبضِ والضَّمانُ في الْمَقبوض على سَوم الشِّراءِ لا يَلزَمُ بالقَبض نفسِه، ولكن بالقَبض بجِهة الشِّراءِ؛ إذ القبضُ بحَقيقة

---

(١) رواه الدارقطني (٢٩٦١)، ثم البيهقي (١١٤٨٧).

(٢) في (أ) و(هـ): يهلك.

الشِّراءِ مَضمونٌ بالعَقد، فكذا بجِهَته.

ولا تُؤجَرُ، ولا تُرهَنُ، كالوَديعة، فإن آجَر فعَطِب: ضَمِن.

والعارِيّةُ لا تُؤْجَرُ؛ لئلا يَلزَمَ لُزومُ ما لا يَلزَمُ، أو عدَمُ لُزومِ ما يَلزَمُ؛ وهذا لأن الإعارةَ غيرُ لازِمةٍ في الأَصل، والإجارةُ لازِمةٌ في الأَصل، فلو مَلَك الْمُستعيرُ الإجارةَ من الغَير فإما أن تَقَعَ هذه الإجارةُ لازِمةً أو غيرَ لازِمةٍ، فإن وَقَعت غيرَ لازِمةٍ يَلزَمُ عدَمُ لُزومِ ما يَلزَمُ، وهو خِلافُ مَوضوعِ الإجارةِ، فكان باطِلًا، وإن وَقَعت لازِمةً يَلزَمُ لُزومُ ما لا يَلزَمُ؛ لأنه إذا لَزِمت الإجارةُ تَصيرُ العارِيّةُ لازِمةً ضَرورةً؛ لعَدَم إمكانِ الاستِردادِ، فيَكونُ خِلافَ مَوضوعِ العارِيّةِ، وهو باطِلٌ.

ولا تُرهَنُ؛ لِما بَيَّنّا، وهي كالوَديعة، فإنها لا تُؤْجَرُ ولا تُرْهَنُ.

فإن آجَر فعَطِب: ضَمِن حينَ سَلَّمه إلى الْمُستأجِر؛ لأن العارِيّةَ إذا لم تَتناوَل الإجارةَ كان التَّسليمُ إليه غصبًا، وإن شاء الْمُعيرُ ضَمَّن الْمُستأجِرَ؛ لأنه قَبَض مالَ الغيرِ لنَفسه بغَير إذنِه.

فإن ضَمِن الْمُستعيرُ لا يَرجِعُ على الْمُستأجِر؛ لأنه تَبيَّن أنه آجَر مِلكَ نفسِه، وإن ضَمِن الْمُستأجِرُ يَرجِعُ على الْمُؤْجِر إذا لم يَعلَم أنه كان عارِيّةً في يَده؛ دفعًا لضَرَر الغُرورِ عن نَفسه، وإن عَلِم بكَونها عارِيّةً في يَده لم يَرجِع عليه؛ لأنه لم يُوجَد الغُرورُ.

ويُعيرُ(ب)، ما لا يَختلِفُ بالْمُستعمِل.

وله أن يُعيرَ، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ليس له أن يُعيرَ.

وهو بِناءً على ما مَرَّ أن الإعارةَ إباحةُ الْمَنافِعِ عندَه، والْمُباحُ له الطَّعامُ لا يَقدِرُ أن يُبيحَ غيرَه؛ وهذا لأنه يُسوِّي غيرَه بنَفسه فيما هو من حقِّ الغيرِ[1]، وإنما له هذه الوِلايةُ

(١) في (ب): المعير.

في حقِّ نفسِه لا في حقِّ الغيرِ.

وعندَنا: تَمليكُ الْمَنافِعِ، والمالِكُ يَملِكُ التَّمليكَ من الغَير، كالْمُستأجِر يَملِكُ أن يُؤْجِرَ، والْمُوصَى له بالخِدمة يَملِكُ أن يُعيرَ؛ لأنه بالتَّمليك من الغَير يَتصرَّفُ في مِلك نفسِه، ويُسوِّي غيرَه بنَفسه في حقِّ نفسِه، وهو صَحيحٌ.

ثم هذه الْمَسألةُ على وَجهَين:

إما إن حَصَلت الإعارةُ مُطلَقةً في حقِّ الْمُنتفِعِ، بأن أَعار ثَوبًا للُّبس، ولم يُبيِّن اللّابسَ، أو دابّةً للرُّكوب، ولم يُبيِّن الرّاكبَ، أو دابّةً للحَمْل ولم يُبيِّن الحامِلَ[1].

وفي هذا الوجهِ له أن يُعيرَ، سَواءٌ كان الْمُستعارُ شيئًا يَتفاوَتُ النّاسُ في الانتِفاع به، كاللُّبس في الثَّوب، والرُّكوبِ في الدّابّة، فإن النّاسَ يَتفاوَتون في اللُّبس والرُّكوبِ، فلُبسُ القصّابِ والدَّبّاغِ لا يَكونُ كلُبس الصّرّافِ والبَزّازِ، ورُكوبُ العَسكَريِّ لا يَكونُ كرُكوب السُّوقيِّ، أوْ لا يَتفاوَتون في الانتِفاع به، كالحَمْل على الدّابّة؛ عمَلًا بإِطلاق اللَّفظِ.

ولكن إنما يَملِكُ الإعارةَ من غَيره إذا لم يَلبَس الْمُستعيرُ ولم يَركَب بنَفسه، فإن لَبِس أو رَكِب بنَفسه، فأَراد أن يُعيرَ من غَيره، أو ألبَس غيرَه أو أركَب غيرَه أوَّلًا، ثم أراد أن يَركَبَ أو يَلبَسَ بنَفسه.. فقد اختَلَفوا فيه، **والصَّحيحُ**[2]: أنه لا يَملِكُ ذلك، ولو فَعَله ضَمِن؛ لأنه لَمّا أطلَق فله أن يُعيِّنَ[3]، وفي الأُولى يُعيِّنُ الرُّكوبَ، وفي الثّانِية الإركابَ، وتَعيينُه كتَعيين المالِكِ، ولو عَيَّن المالِكَ يَضمَنُ بالنَّقل، كذا هنا.

---

(١) في (ب): المحمول. وانظر «الفتح» ٩/ ١٢.

(٢) في (هـ): والأصح.

(٣) في (هـ): يعير.

وإن حَصلت الإعارةُ مُقيَّدةً، بأن استَعار ليَلبَسَ بنَفسه، أو ليَركَبَ بنَفسه، أو ليَحمِلَ بنَفسه: فله أن يُعيرَ فيما لا يَتفاوَتُ النّاسُ في الانتِفاع به، كما في الحَمْل، وليس له أن يُعيرَ فيما يَتفاوَتُ النّاسُ في الانتِفاع به، كاللُّبس والرُّكوبِ، هذا هو الكَلامُ في إعارة الْمُستعيرِ.

وأما الكَلامُ في انتِفاعه بالْمُستَعار: **فهو على أربَعة أوجُهٍ:**

أحَدُها: أن تكونَ مُطلَقةً في حقِّ الوقتِ والانتِفاعِ، فللمُستَعير أن يَنتفِعَ أيَّ نوعٍ شاء في أيِّ وقتٍ شاء؛ عمَلًا بإطلاق اللَّفظِ.

وثانِيها: أن تكونَ مُقيَّدةً فيهما، بأن قيَّدها بيومٍ، ونَصَّ على نَوع مَنفَعةٍ، وليس له أن يَعدُوَ ذلك؛ عمَلًا بالتَّقييد، إلا أن يَكونَ خِلافًا إلى خيرٍ، أو إلى مِثل الْمُسمّى، والحِنطةُ مِثلُ الحِنطةِ، والحِنطةُ خيرٌ من الحَديد.

وثالِثُها: أن تكونَ مُقيَّدةً في حقِّ الوقتِ، مُطلَقةً في حقِّ الانتِفاعِ.

والرّابعُ: عكسُه، وفي هذَين الوَجهَين يَجري ما أطلَق على إطلاقه، وما قُيِّد على تَقييده.

وعارِيّةُ الثَّمَنَين، والْمَكيلِ، والْمَوزونِ، والْمَعدودِ: قرضٌ.

وعارِيّةُ الدَّراهِمِ، والدَّنانيرِ، والْمَكيلِ، والْمَوزونِ، والْمَعدودِ: قرضٌ؛ لأن الإعارةَ إذنٌ في الانتِفاع، ولا يَتأتّى الانتِفاعُ بهذه الأشياءِ إلا باستِهلاك عَينِها، ولا يُملَكُ استِهلاكُ عَينِها إلا بمِلك عَينِها، فاقتَضَت تَمليكَ عِينِها ضَرورةً، وذا بالهِبة أو القرضِ، والقرضُ أدناهما ضرَرًا؛ لأنه يُوجِبُ الْمِثلَ، والهِبةُ لا تُوجِبُه، فيَثبُتُ.

ولأن الْمُستعيرَ يَلتزِمُ ردَّ العَينِ بعدَ الانتِفاعِ، وتَعذَّر ردُّ العَينِ هنا، فأُقيم ردُّ الْمِثلِ

مُقامَ ردِّ العَينِ.

قالُوا: وهذا إذا أطلَقَ العارِيَّةَ، أما إذا عَيَّنَ الجِهةَ، بأن استعار صَيرفيٌّ دَراهِمَ أو دَنانيرَ ليُزيِّنَ بها دُكّانَه، أو ليُعايِرَ بها ميزانًا: فإنه لا يَكونُ قرضًا؛ لتَعيُّنِ[1] جِهةِ الانتِفاعِ بها مع بَقاءِ العَينِ، وصار كما إذا استَعار آنيةً يَتجمَّلُ بها، أو سيفًا مُحلًّى، أو سِكِّينًا مُحلًّى، أو مِنطَقةً مُفضَّضةً، أو خاتَمًا: لم يكن شيءٌ من هذا قرضًا؛ لأن الانتِفاعَ بهذه الأعيانِ مع بَقائِها مُمكِنٌ، فصار نَظيرَ سائِرِ العَواريِّ.

وإن أَعار لبِناءٍ، أو غَرْسٍ: صحّ، ورَجَع، وكُلِّف قَلْعَهما، ولا يَضمَنُ إن لم يُوقِّت، وإن وَقَّت، ورَجَع قبْلَه: ضَمِن(ز) ما نَقَص بقَلْعهما.

وإن استَعار أرضًا ليَبنيَ فيها أو ليَغرِسَ: جاز؛ لأنه مَنفَعةٌ مَعلومةٌ تُملَكُ بالإجارة، فكذا بالإعارة، بل أَولى؛ لأنها تَبرُّعٌ، وللمُعِير أن يَرجِعَ فيها؛ لأن العارِيّةَ لا تَقَعُ لازِمةً، فله أن يَرجِعَ.

وكَلَّفه قلعَ البِناءِ والغرسِ؛ لأنه شَغَل أرضَ الغيرِ به، فيُؤمَرُ بتَفريغه، ثم إن لم يكن وقتَ العارِيّةِ فلا يَضمَنُ شيئًا من الغَرس أو البِناءِ؛ لأن الضَّرَرَ الذي يَلحَقُ الْمُستَعيرَ إنما يَلحَقُه لِمَعنًى من قِبَله، حيث غَرَس أو بَنى في محَلٍّ كان لغَيره حقُّ الرُّجوعِ فيه، والْمُعيرُ لم يَصِر غارًّا له، ولكن الْمُستعيرُ مُغترٌّ بنَفسه، حيث ظَنَّ بمُطلَق العقدِ أنه يَترُكُها في يَده مُدّةً طَويلةً من غَير أن يَسبِقَ منه الوعدُ.

وإن كان وقتَ العارِيّةِ ورَجَع قبلَ الوقتِ: كُرِه رُجوعُه، وإن صَحّ؛ لأن فيه خُلفَ الوعدِ.

وضَمِن الْمُعيرُ ما نَقَص البِناءُ والغرسُ بالقَلع للمُستَعير.

---

(١) في (د) و(هـ): لتعيين.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَضمَنُ؛ لأن التَّوقيتَ والإطلاقَ فيها سَواءٌ؛ لبُطلان التَّأجيلِ في العَواريّ.

ولنا: أن الْمُعيرَ بالتَّوقيت يَصيرُ غارًّا للمُستَعير؛ لأنه نَصَّ على تَركِ الأرضِ في يَده، وقَرارِ بِنائِه أو غرسِه فيها في الْمُدّة التي سَمّى، والْمُستعيرُ بَنى أو غَرس بِناءً على وعدٍ سابِقٍ جَرى من الْمُعير، فإذا لم يَفِ بذلك صار غارًّا، وللمَغرور أن يَدفَعَ الضَّرَرَ عن نَفسه بالرُّجوع على الغارّ.

فإن قِيل: الغُرورُ بمُباشَرة عقدِ الضَّمانِ سببٌ للرُّجوع؛ ألا تَرى أنه لو استُحِقَّ الْمَوهوبُ بعدَ هَلاكِه، وضَمِن الْمَوهوبُ له: لا يَرجِعُ بما ضَمِن على الواهِب؛ لأن الغُرورَ في ضِمن عقدِ الْمُعاوَضةِ سببُ الرُّجوعِ، لا في غَيره، والْمُعيرُ لم يُباشِر عقدَ الضَّمانِ وإن وَقَّت.

قُلنا: كَلامُ العاقِلِ مَحمولٌ على الفائِدة ما أمكَن، ولا حاجةَ إلى التَّوقيت في تَصحيح العارِيّةِ، فعُلِم أن فائِدتَه التِزامُ قِيمةِ البِناءِ أو الغرسِ إن أَراد إخراجَه قبلَه، وصار تَقديرُ كَلامِه كأنه قال: (ابنِ في هذه الأرضِ لنَفسك على أن أترُكَها في يَدك إلى كذا من الْمُدّة، فإن لم أترُكها فأنا ضامِنٌ لك ما تُنفِقُ في بِنائك).

وذَكَر الحاكِمُ الشَّهيدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَضمَنُ ربُّ الأرضِ للمُستَعير قِيمةَ غرسِه وبِنائِه، ويَكونان له، إلا أن يَشاءَ الْمُستعيرُ أن يَرفَعَهما ولا يُضمِّنَه قِيمتَها، فيَكونُ له ذلك؛ لأن البِناءَ والغرسَ مِلكُه.

وإنما أوجَبنا الضَّمانَ على الْمُعير لدَفع الضَّرَرِ عن الْمُستَعير، فإذا رَضِي بالتِزام هذا الضَّرَرِ كان هو أحقَّ بمِلكه.

وهذا إذا لم يكن القلعُ مُضِرًّا بالأرض، فإن كان مُضِرًّا بها: فالخِيارُ لربِّ الأرضِ؛

لأنه صاحِبُ أصلٍ، والْمُستعيرَ صاحِبُ تَبَعٍ، فكان الخِيارُ لصاحِب الأصلِ؛ لرُجحانه.

ولزَرْعٍ: تَبقى[1] حتى يُحصَدَ.

ولو استَعارها ليَزرَعَها لم تُؤخَذ منه الأرضُ حتى يَحصُدَ الزَّرعَ، وَقَّت أو لم يُوقِّت.. استِحسانًا؛ لأن لإدراكه وقتًا مَعلومًا، فكان في التَّرك مُراعاةُ الحقَّين، فكان أَولى من القَلع.

ولأن في قَلع الزَّرعِ ضرَرًا بالْمُستَعير في إِبطال مِلكِه، وفي التَّرك في يَد الْمُستَعير ضرَرًا بالْمُعير من حيث تَأخيرُ حقِّه، وضرَرُ الإبطالِ فوقَ ضرَرِ التَّأخيرِ.

بخِلاف البِناءِ أو الغرسِ؛ لأنه ليس له أمدٌ مَعلومٌ، فيَكونُ الضَّرَرُ من الجانِبَين ضرَرَ إبطالِ الحقِّ، فتَرجَّح صاحِبُ الأصلِ على صاحِب التَّبَعِ.

ومُؤنةُ الرَّدِّ على الْمُستَعير، والْمُودِعِ، والْمُؤجِرِ، والغاصِبِ، والْمُرتهِنِ.

ومُؤنةُ ردِّ العارِيَةِ على الْمُستَعير، والوَديعةِ على الْمُودِع، والْمُستأجَرِ على الْمُؤجِر، والْمَغصوبِ على الغاصِب، والْمَرهونِ على الْمُرتهِن.

والأصل: أن مُؤنةَ الرَّدِّ على من وَقَع القبضُ له؛ لأن الخَراجَ بالضَّمان، فإذا ثَبَت هذا تَتَضِحُ لك هذه الْمَسائِلُ.

أما الأوَّلُ: فلأنه قَبَضه لِمَنفَعة نفسِه، والرَّدُّ واجِبٌ عليه، والأجرُ مُؤنةُ الرَّدِّ، فيَكونُ عليه.

وأما الثّاني: فلأن مَنفَعةَ قبضِ الْمُودَعِ للمُودِع.

وأما الثّالثُ: فلأن الْمَنفَعةَ تَحقَّقت للمُؤجِر مَعنًى، حيث سَلِم له الأُجرةُ، والرَّدُّ

(1) أي الأرض، وفي (ن) و(ع): يبقى.

غيرُ واجبٍ على الْمُستأجِر، وإنما الواجِبُ عليه التَّمكينُ والتَّخليةُ[1].

وأما الرّابعُ: فلأن الرَّدَّ واجِبٌ عليه؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «على اليَد ما أخَذت حتى تَرُدَّ»[2]، فتكونُ مُؤنةُ الرَّدِّ واجِبةً عليه.

وأما الخامِسُ: فلأن قبْضَه قبضُ استيفاءٍ، فكان قابِضًا لنَفسه.

وصحَّ التَّكفُّلُ بردِّ العارِيّةِ والْمَغصوبِ، ولو توكَّل به لا يُجبَرُ، كالوَكيل بقَضاء الدَّينِ.

وصَحَّ التَّكفُّلُ بردِّ العارِيّةِ والْمَغصوبِ؛ لأنه التَزَم فِعلًا واجِبًا، ولو توكَّل بالرَّدِّ لا يُجبَرُ الوَكيلُ على النَّقل إلى مَنزِله، بل يَدفعُه إليه حيث يَجِدُه؛ لأن الوَكيلَ لم يَضمَن شيئًا، وإنما وَعَد أن يَتبرَّعَ على الآمِر، بخِلاف الكَفيل[3]؛ لأنه ضَمينٌ، وهذا كما لو وَكَّل رَجُلًا بقَضاء دَينِه، فامتَنَع الوَكيلُ عن القَضاء: لا يُجبَرُ عليه.

ورَدُّ الْمُستَعيرِ الدّابّةَ إلى إصطَبل مالِكِها، أو العبدَ إلى دار المالِكِ: تَسليمٌ(ر)، كردِّها مع عبدِه، أو أجيرِه، أو مع عبدِ ربِّها، أو أجيرِه.

وإذا استَعار دابّةً، فرَدَّها إلى إصطَبل مالِكِها، أو استَعار عبدًا، فرَدَّه إلى دار المالِكِ، ولم يُسلِّمه، **فهَلَكَ**: لم يَضمَن استِحسانًا، **والقِياسُ**: أن يَضمَنَ؛ لأنه لم يَرُدَّ العارِيّةَ على مالِكِها ولا على وَكيل مالِكِها، بل ضَيَّعها.

وجهُ الاستِحسانِ: أنه أتى بالتَّسليم الْمُتعارَفِ؛ لأنه رَدَّ العارِيّةَ إلى الْمَربِط أو إلى دار المالِكِ، وهما في يَد المالِكِ حُكمًا، فكأنه رَدَّهما إلى يَد مالِكِهما حُكمًا؛ وهذا لأن ردَّ العَواريِّ إلى دار الْمُلّاكِ مُتعارَفٌ، كآلة البيتِ، والنّاسُ يَحفَظون دَوابهم بالْمَرابِط،

(١) في (هـ): أو التخلية.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (هـ): الموكل.

ولو رَدَّها إلى[1] المالِك فالمالِكُ يَرُدُّها إلى الْمَربِط.

وكذا لو استَعار دابّةً، فرَدَّها مع عبدِه أو مع أجيرِه: لا يَضمَنُ.

والْمُرادُ بالأَجير: أن يَكونَ مُسانَهةً أو مُشاهَرةً، لا مُياوَمةً.

وإنما كان له الرَّدُّ بيَد من في عِياله: لأنه لا يَتهيَّأُ له الرَّدُّ بيَد نفسِه لا مَحالةَ، فكان له الرَّدُّ بيَد من في عِياله، كما للمُودَع حِفظُ الوَديعةِ بيَد من في عِياله بهذا الطَّريقِ.

وكذا لو رَدَّها مع عبدِ ربِّ الدّابّةِ أو أجيرِه: لا يَضمَنُ؛ لأن المالِكَ راضٍ به عادةً؛ ألا تَرى أنه لو رَدَّها إليه فهو يَرُدُّه إلى[2] عَبده.

قِيل: هذا في العَبد الذي يَقومُ على الدَّوابِّ، وقِيل: فيه وفي غَيره، وهو الصَّحيحُ؛ لأن الذي لا يَقومُ عليه قد يَأخُذُه في بَعض الأوقاتِ، وإن كان لا يَأخُذُه دائِمًا.

بخِلاف الأجنَبيِّ.

وإن رَدَّها مع أجنَبيٍّ: ضَمِن إذا هَلَك.

ودَلَّت هذه الْمَسألةُ على أن الْمُستعيرَ لا يَملِكُ الإيداعَ من أجنَبيٍّ قصدًا؛ لأنه لَمّا وَضَعه في يَد الأجنَبيِّ للرَّدِّ يَكونُ هذا إيداعًا، ومع هذا قال: يَضمَنُ، وبه أخَذ بعضُ الْمَشايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وقال مَشايخُ العِراقِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: إنه يَملِكُ الإيداعَ، وعليه الفَتوى؛ لأنه لَمّا مَلَك الإعارةَ مع أن فيها إيداعًا وتَمليكَ الْمَنافِعِ.. فلأَن يَملِكَ الإيداعَ وليس فيه تَمليكُ الْمَنافِعِ أولى.

---

(١) في سوى (د): على.

(٢) في سوى (هـ): على.

وأوَّلوا هذه الْمَسألةَ بأن مَوضوعَ الْمَسألةِ فيما إذا كانت العارِيّةُ مُؤقَّتةً، وقد انتهَت العارِيّةُ بانقِضاء مُدّتِها، وحينَئذٍ يَصيرُ الْمُستَعيرُ مُودَعًا، والْمُودَعُ لا يَملِكُ الإيداعَ بالاتِّفاق.

وردِّ الوَديعةِ والْمَغصوبِ إلى دار المالِكِ.

ولو رَدَّ الوَديعةَ أو الْمَغصوبَ إلى دار المالِكِ، ولم يُسلِّمه إليه: ضَمِن؛ لأن الواجِبَ على الغاصِب نسخُ[1] فِعلِه، وذا بالرَّدِّ إلى المالِك دونَ غيرِه، والودائِعُ تُرَدُّ إلى الْمُلّاك لا إلى دُورهم ولا إلى يَد من في عِيالهم عُرفًا.

وهذا لأنه لو رَضِي بذلك لَمَا أودَعها إيّاه، والعَواريُّ تُرَدُّ إلى دار المالِكِ[2] عُرفًا، حتى لو كانت العارِيّةُ عِقدَ جَوهَرٍ لم يَرُدَّها إلا إلى الْمُعِير؛ لأنه لا عُرفَ فيه.

ويَكتُبُ الْمُعارُ: (أطعَمتَني[س م] أرضَك)، واللهُ أعلَمُ.

ومن أَعار أرضًا بَيضاءَ ليَزرَعَها يَكتُبُ الْمُستعيرُ: (إنك أطعَمتَني) عندَ[3] أبي حنيفة.

وقالا: يَكتُبُ: (إنك أعَرتَني)؛ لأن الإعارةَ هي اللَّفظةُ الْمَوضوعةُ لهذا العقدِ، والكِتابةُ بالْمَوضوع أَولى من الكِتابة بالْمُستَعار، وصار كإِعارة الثَّوبِ والدّارِ؛ فإنه لا يَكتُبُ ثَمَّ: (ألبَستَني) أو (أسكَنتَني).

وله: أن لَفظةَ الإطعامِ أدَلُّ على الْمُراد من الإعارة؛ لأنها تَخُصُّ الزِّراعةَ، وإعارةُ الأراضِي قد تَكونُ للزِّراعة، وقد تَكونُ للبِناء ونصبِ الفُسطاطِ، ولَفظةُ الإعارةِ لا تَدُلُّ على شيءٍ من هذه الأنواعِ عَينًا، فكانت الكِتابةُ بصِيغة الإطعامِ ليُعلَمَ أن غرَضه

(١) في (د) و(هـ): فسخ.

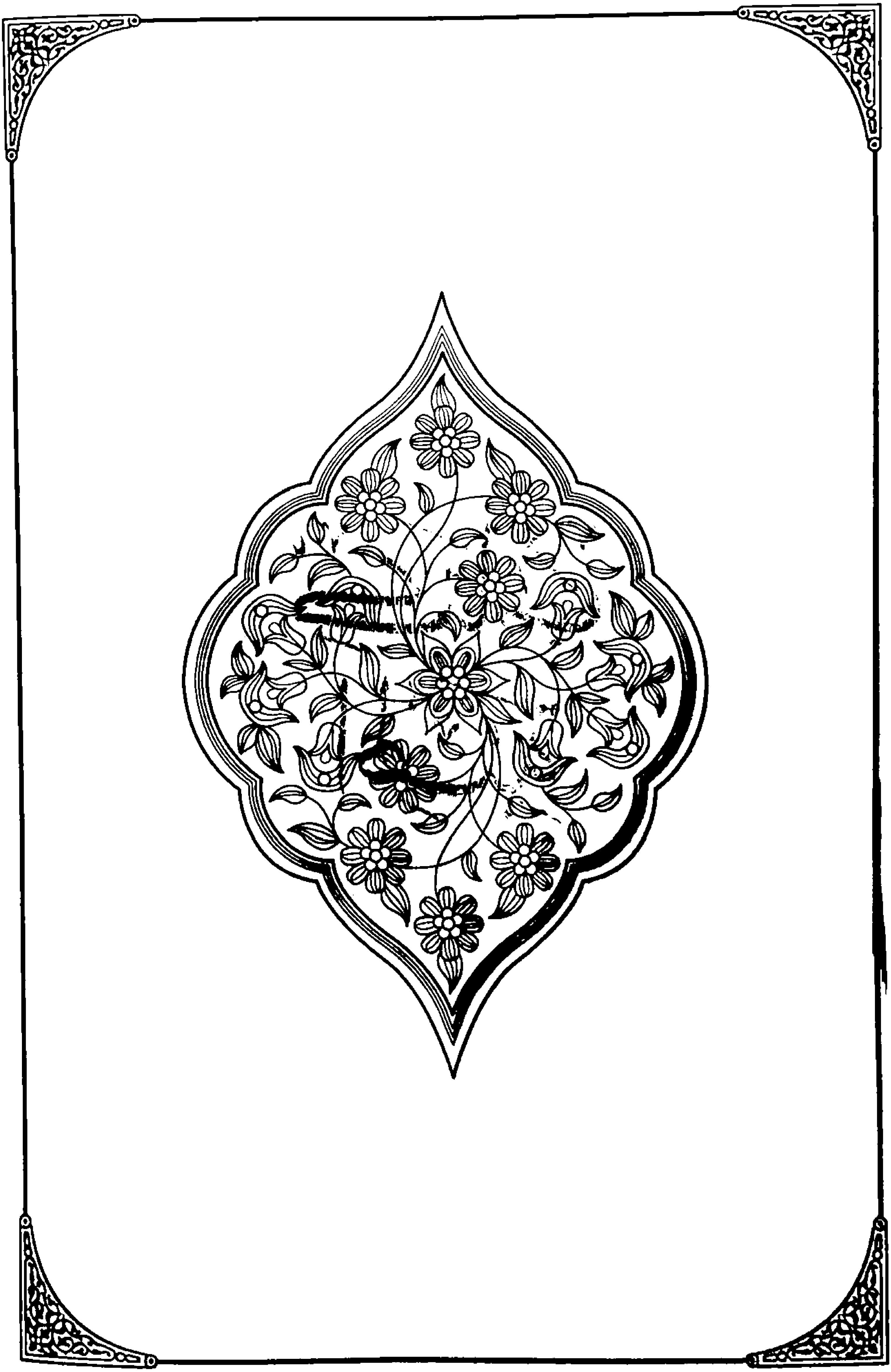
(٢) في (هـ): الملاك.

(٣) في (هـ): قاله.

الزِّراعةُ أَولى.

بخِلاف إعارةِ الدّارِ والثَّوبِ؛ لأن إعارتَهما للسُّكنى واللُّبسِ فقط، وهذا الغرَضُ يَصيرُ مَعلومًا بقَوله: (أعَرتَني)، واللهُ أعلَمُ.

كِتَابُ الهِبَةِ



كتاب الهبة

كِتابُ الهِبةِ[1]

تَمليكُ عَينٍ بلا عِوَضٍ.

هي: التَّبرُّعُ بما يَنفَعُ الْمَوهوبَ له لُغةً، يُقالُ: (وَهَب له مالًا وَهْبًا)، و(هِبةً)، و(مَوهِبةً)، وقد يُقالُ: (وَهَبه مالًا)، ولا يُقالُ: (وَهَب منه).

ويُسمّى الْمَوهوبُ هِبةً ومَوهِبةً، والجمعُ: هِباتٌ، ومَواهِبُ.

و(اتَّهَبه منه): قَبِله، و(استوهَبه): سَأله.

وتَمليكُ العَينِ بلا عِوَضٍ شَريعةً.

وأهلُها: أهلُ التَّبرُّعِ، وهو الحُرُّ الْمُكلَّفُ.

ورُكنُها: الايجابُ والقَبولُ؛ لأنها عقدٌ، وقِيامُ العقدِ بالإيجاب والقَبولِ.

وإنما يَحنَثُ لو حَلَفَ أن لا يَهَبَ، فوَهَب ولم يُقبَل: لأنه إنما يَمنَعُ نفسَه عما هو مَقدورٌ له، وهو الإيجابُ لا القَبولُ؛ لأنه فِعلُ الغيرِ.

وشرطُها: أن يَكونَ الْمَوهوبُ مَقسومًا مَحوزًا، وغيرُه.

وحُكمُها: ثُبوتُ الملكِ.

وشَرعيّتُها: بقوله تَعالى: ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ ﴾

(١) الهبة في اللغة: التبرع، وفي الشرع: تمليك العين بلا عوض. «التعريفات» ص٢٥٦.

[النساء: ٨٦]، والْمُرادُ بالتَّحِيَة: العَطِيّةُ، وقِيل: الْمُرادُ بها: السَّلامُ، والأظهَرُ هو الأوّلُ؛ فإن قولَه: ﴿أَوْ رُدُّوهَآ﴾ يتناوَلُ ردَّها بعَينها، وذا إنما يَتحقّقُ في العَطِيّة؛ لأن ردَّ عَينِ الكَلامِ لا يُتصوَّرُ(١).

وقولِه عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «تَهادَوا تَحابُّوا»(٢).

وإجماعِ الأُمّةِ.

ولأنها من باب الإحسانِ، واكتِسابِ سبَبِ التَّودُّدِ بينَ الإخوانِ، وكلُّ ذلك مَندوبٌ إليه بعدَ الإيمانِ(٣).

---

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص ٣/ ١٨٥، وتفسير القرطبي ٥/ ٢٩٨.

(٢) رواه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤)، والبيهقي (١١٩٤٦).

ورواه الطبراني في «الأوسط» (٧٢٤٠) ولفظه كاملًا: «تهادوا تحابوا، وهاجروا تورثوا أولادكم مجدًا، وأقيلوا الكرام عثراتهم».

ورواه الإمام مالك في «الموطأ» ٢/ ٩٠٨ ولفظه كاملًا: «تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء».

(٣) روى البزار (٧٨٥١)، والطبراني في «الأوسط» (٦٠٧٠) عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «رأس العقل بعد الإيمان بالله التودد إلى الناس».

ورواه البيهقي (٢٠٣٠٦) عن سعيد بن المسيب قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «رأس العقل بعد الإيمان بالله التودد إلى الناس، وما يستغني رجل عن مشورة، وإن أهل المعروف في الدنيا هم أهل المعروف في الآخرة، وإن أهل المنكر في الدنيا هم أهل المنكر في الآخرة».

وروى البيهقي في «الشعب» (١١٥٢) عن علي بن أبي طالب قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «إنما تكون الصنيعة إلى ذي دين أو حسب، وجهاد الضعفاء الحج، وجهاد المرأة حسن التبعل لزوجها، والتودد نصف الدين، وما عال امرؤ اقتصد، واستنزلوا الرزق بالصدقة، وأبى الله أن يجعل أرزاق عباده المؤمنين من حيث يحتسبون».

وتَصِحُّ بإيجابٍ، كـ(وَهَبتُ)، و(نَحَلتُ)، و(أعطَيتُ)، و(أطعَمتُك هذا الطَّعامَ[1])، و(جَعَلتُه لك)، و(أعمَرتُك هذا)، و(حَملتُك عليه) ناوِيًا به الهِبةَ، و(دارِي لك هِبةً تَسكُنُها)، لا (هِبةً سُكنى)، أو (سُكنى هِبةً).

وقَبولٍ، وقبضٍ[ك] في الْمَجلِس بلا إِذنه، وبعدَه به[ف و]، ولو نَهاه: لا يَصِحُّ فيه وبعدَه.

وتَصِحُّ بإيجابٍ، كـ(وَهَبتُ)، و(نَحَلتُ)، و(أعطَيتُ)، و(أطعَمتُك هذا الطَّعامَ)، و(جَعَلتُ هذا الثَّوبَ لك)، و(أعمَرتُك هذا الشَّيءَ)، و(حَملتُك على هذه الدّابّةِ) إذا نَوى بالحُمْلان الهِبةَ، و(داري لك هِبةً تَسكُنُها)، لا: (هِبةً سُكنى) أو (سُكنى هِبةً)، وقَبولٍ، وقبضٍ.

أما الإيجابُ والقَبولُ: فلما بيَّنّا.

وأما الانعِقادُ باللَّفظ الأوَّلِ: فلأنه صَريحٌ فيها.

وأما بالثّاني والثّالثِ: فلأنهما يُستعمَلان للتَّمليك بغَير عِوَضٍ، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أكُلَّ أولادِك نَحلتَ مِثلَ هذا؟»[2]، وعن عائِشةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا: أن أبا بكرٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ نَحلها أرضًا، فلم تَقبِضها حتى حَضَره الموتُ، فقال لها: إنك لم تَقبِضيها، وإنما هي للوارِث[3].

---

(١) قوله: (هذا الطعام) سقط من (م) و(ع).

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٢٢: أخرجه الأئمة الستة (البخاري ٢٥٨٦ ومسلم ١٦٢٣) عن النعمان بن بشير قال: إن أباه أتى النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: إني نحلت ابني هذا غلامًا كان لي، فقال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أكل ولدك نحلته مثل هذا؟»، قال: لا، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فارجعه»، زاد مسلم في لفظ: «أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء؟»، قال بلى، قال: «فلا إذن»... إلخ.

(٣) رواه الإمام محمد في «الأصل» ٣/ ٣٥٩.

وروى عبد الرزاق (١٦٥٠٧) عن عروة عن عائشة قالت: لما حضرت أبا بكر الوفاة قال: أي بنية!=

ويُقالُ: (أعطاكَ اللهُ) و(وَهَبك اللهُ).. بمَعنًى.

وأما بالرّابع: فلأن الإطعامَ إذا أُضِيف إلى ما يُطعَمُ عَينُه[1] يُرادُ به تَمليكُ العَينِ بغَير عِوَضٍ، وذا يَكونُ بالهِبة، بخِلاف ما لو قال: (أطعَمتُك هذه الأرضَ)؛ فإنه يَكونُ عارِيّةً؛ لأن عَينَها لا تُطعَمُ، فمَعناه[2]: (أطعَمتُك ما يَحصُلُ منها)، فكان تَمليكًا لِمَنفَعة الأرضِ دونَ عَينِها.

وأما بالخامِس: فلأن اللّامَ للتَّمليك، فكان مَعنَى كَلامِه: (مَلَّكت هذا الثَّوبَ لك)؛ ألا تَرى أن في التَّمليك ببدَلٍ لا فرقَ بينَ لفظِ الجَعلِ والتَّمليكِ، فكذا في التَّمليك بغَير بدَلٍ.

و(كَسَوتُك هذا الثَّوبَ) بمَعناه؛ لأنه لتَمليك العَينِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، والكَفّارةُ لا تَتأدّى إلا بتَمليك الثَّوبِ[3]، ويُقالُ: (كَسا الأميرُ فُلانًا ثَوبًا)، أي مَلَّكه منه.

وأما بالسّادِس: فلقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «فمن أعمَر عُمْرَى فهي للمُعمَر له ولوَرَثته بعدَه»[4].

= ليس أحد أحب إلي غنًى منك، ولا أعز علي فقرًا منك، وإني قد كنت نحلتك جداد عشرين وسْقًا من أرضي التي بالغابة، وإنك لو كنت حزتيه كان لك، فإذ لم تفعلي فإنما هو للوارث، وإنما هو أخواك وأختاك، قالت عائشة: هل هي إلا أم عبد الله؟ قال: نعم، وذو بطن ابنة خارجة، قد ألقي في نفسي أنها جارية، فأحسنوا إليها.

(١) في (ب): عينه عادة.

(٢) في (ج): فكان معناه.

(٣) في (هـ): العين.

(٤) قال في «نصب الراية»: أخرجه الجماعة إلا البخاري عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أعمر رجلًا عمرى له ولعقبه فقد قطع قولُه حقَّه فيها، وهي لمن أعمر ولعقبه». انتهى. =

وكذا لو قال: (جَعَلتُ هذه الدّارَ لك عُمْرَى[1])؛ لِما بَيَّنّا.

وأما بالسّابع: فلأن الحَمْلَ على الدّابّة الإركابُ[2]، وهو تَصرُّفٌ في مَنفَعتها لا في عَينها، فيَكونُ عارِيَةً، إلا أن يُرِيدَ به الهِبَةَ؛ لأنه قد يُذكَر للتَّمليك، يُقالُ: (حَمَل الأميرُ فُلانًا على فَرَسه)، أي مَلَّكه، فإذا نَوى ما يَحتمِله لفظُه وفيه تَشديدٌ عليه.. فتُعتبرُ نِيّتُه.

وأما بالثّامِن: فلأن قولَه: (دَاري لك هِبةً) ظاهِرٌ[3] في الهِبة، وقولَه: (تَسكُنُها) مَشورةٌ، وبنِيّته على الْمَقصود أنه مَلَّكه الدّارَ ليَسكُنَها، وهذا مَعلومٌ وإن لم يَذكُره، فلا يَتغيَّرُ به حُكمُ التَّمليكِ، بمَنزِلة قولِه: (هذا الطَّعامُ لك تَأكُلُه)، و(هذا الثَّوبُ لك تَلبَسُه).

وهذا بخِلاف قولِه: (داري لك هِبةً سُكنى) أو (سُكنى هِبةً)؛ فإنه عارِيّةٌ؛ لأن الأصلَ أن الْمُتكلِّمَ إذا ذَكَر في آخِر كَلامِه ما يُغيِّرُ حُكمَ أوَّلِه، وأوَّلُ كَلامِه يَحتمِلُ ذلك التَّغييرَ: يَتغيَّرُ به حُكمُ أوَّلِ الكَلامِ، كما في الاستِثناء والتَّعليقِ بالشَّرط.

= وقال في «التعريف والإخبار» ٢/ ٤٥٦: ولأبي داود (٣٥٥١) والنسائي (٣٧٤٠) عن جابر أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من أعمر عمرى فهي له ولعقبه، يرثها من يرثه من عقبه»، ولمسلم (١٦٢٥) عنه: «فإنه من أعمر عمرى فإنها للذي أعمرها حيًّا وميتًا، ولعقبه».

تنبيه: لفظ الكتاب -أي «الاختيار»- في هذا الحديث هو لفظ «الهداية»، قال الزيلعي بعدما نقله (٤/ ١٢٣): قلت: أخرجه الجماعة (مسلم ١٦٢٥) إلا البخاري عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أعمر رجلًا عمرى له ولعقبه فقد قطع قولُه حقَّه فيها، وهي لمن أعمر ولعقبه». انتهى.

ولا يخفى أن هذا الحكم خلاف ما رواه صاحب «الهداية» من اشتراط أن يكون العمرى له ولعقبه في ها الحديث، بخلاف حديث «الهداية»، والله أعلم. انتهى.

(١) في (ب): عمرك.

(٢) في (ب): للإركاب.

(٣) في (ج) و(هـ): محكم.

ثم قولُه: (داري لك) ظاهِرُه[1] لتَمليك الرَّقَبةِ، ولكن يَحتمِلُ تمليكَ الْمَنفَعةِ؛ ألا تَرى أن النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بحائِطٍ فأعجَبه، فقال: «لمن هذا؟»، فقال رافِعُ بنُ خَديجٍ: لي، استَأجرتُه، فقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَستأجِره[2] بشيءٍ منه»[3].

وكما لو حَلَف لا أسكُنُ دارًا لفُلانٍ[4]، فإنه يَحنَثُ بالإجارة والإعارةِ.

فثَبَت أن لامَ الْمِلكِ تَحتمِلُ تمليكَ الْمَنفَعةِ، فكان أوَّلُ كَلامِه مُحتمِلًا تَمليكَ السُّكنى، وقولُه: (سُكنى) مُحكَمٌ في تَمليك الْمَنفَعةِ؛ لأنه لا يَحتمِلُ تمليكَ الرَّقَبةِ، وأنه[5] خَرَج تَفسيرًا لأوَّل الكَلامِ، فيَتغيَّرُ به حُكمُ أوَّلِ الكَلامِ، وصار الْمُحكَمُ قاضِيًا على الْمُحتمِلِ، وكأنه قال: (لك سُكنى داري)، فيَكونُ عارِيّةً.

وكذا لو قال: (داري لك عُمْرىٰ سُكنىٰ)، أو (نُحلىٰ سُكنىٰ)، أو (سُكنىٰ صَدَقةً)، أو (صَدَقةً عارِيّةً)، أو (عارِيّةً هِبةً): فهذا كلُّه عارِيّةٌ؛ لِما بَيَّنّا.

وأما القبضُ: فلا بُدَّ منه لثُبوت الْمِلكِ، حتى لا يَثبُتُ الْمِلكُ في الهِبة بالعَقد قبلَ القبضِ عندَنا.

---

(١) في (ب) و(د): ظاهر.

(٢) في (ج): لا تستأجر.

(٣) رواه الإمام أبو حنيفة في «مسنده» -من رواية أبي نعيم- ص١٩٩.

ورواه الطبراني (٤٣٥٤) عن ابن رافع بن خديج، عن رافع، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أنه مر بحائط فأعجبه فقال: «لمن هذا؟»، قلت: هو لي، قال: «من أين لك هذا؟»، قلت: استأجرته، قال: «لا تستأجره بشيء». ثم روى الطبراني (٤٣٥٥) عن قيس بن رفاعة عن جده رافع بن خديج قال: نهانا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أمر كان لنا نافعًا، وأمرُ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على الرأس والعينين، نهانا أن نكري أرضنا ببعض ما يخرج منها، وبورق منقودة، وقال: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه».

(٤) في (ج): دار فلان.

(٥) في (د): وإنما.

وقال مالكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَثبُتُ؛ لأنه عقدُ تمليكٍ، فلا يَتوقَّفُ ثُبوتُ الْمِلكِ به على القَبض، كالبَيع.

والصَّدَقةُ على هذا الخِلافِ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تَجوزُ الهِبةُ إلا مَقبوضةً»[1]، والْمُرادُ: نفيُ الْمِلكِ؛ إذ الجَوازُ ثابِتٌ قبلَ القبضِ بالاتِّفاق؛ لأن الهِبةَ تَبرُّعٌ، ولا يَجوزُ أن يَلزَمَ الْمُتبرِّعَ شيءٌ لم يَتبرَّع به، ولو ثَبَت الْمِلكُ بمُجرَّد العقدِ تَتوجَّهُ الْمُطالَبةُ عليه بالتَّسليم، فيُؤدِّي إلى إِيجاب التَّسليمِ على الْمُتبرِّع، وهو لم يَتبرَّع به، وإيجابُ شيءٍ لم يَتبرَّع به يُخالِفُ مَوضوعَ التَّبرُّعاتِ، بخِلاف الْمُعاوَضاتِ.

ولا يُقالُ: إن الْمِلكَ يَقعُ على وجهٍ لا يُوجِبُ التَّسليمَ: لأنه لا يُفيدُ؛ إذ فائِدةُ الْمِلكِ التَّمكُّنُ من التَّصرُّفات، وذا إنما يَكونُ إذا كان بسَبيلٍ من قَبضه.

وهذا بخِلاف الوصِيّةِ؛ لأن الْمِلكَ يَثبُتُ ثَمَّ بعدَ الموتِ، ولا مُطالَبةَ على الْمُوصِي ولا إلزامَ؛ لعَدَم أهلِيّةِ اللُّزومِ حينَئذٍ، والوارِثُ لم يَملِك ما نَفَذت الوصِيّةُ فيه؛ لتَأخُّر حقِّه عن الوَصِيّة، فلم يكن القولُ بثُبوت الْمِلكِ إيجابَ شيءٍ على الْمُتبرِّع.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٢١: غريب، ورواه عبد الرزاق (١٦٥٢٩) من قول النخعي، رواه في آخر الوصايا من «مصنفه» فقال: أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم قال: لا تجوز الهبة حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض. انتهى، وفي الباب آثار... إلخ.

وقال العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٢/ ٤٥٥: لم يجده المخرجون مرفوعًا أصلًا، لا عن جماعة ولا عن فرد... ثم ذكر جملة من الموقوفات الواردة فيه.

فمن ذلك ما ورد عند ابن أبي شيبة عن سيدنا أبي بكر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٣٥)، وعن سيدنا عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٢٤) و(٢٠١٣١)، وعن سيدنا عثمان رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٢٦)، وعن سيدنا ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا (٢٠١٣٧).

فإن قَبَض الْمَوهوبُ له في الْمَجلِس بغَير إذنِ الواهِبِ: جاز استِحسانًا، وإن قَبَض بعدَ الافتِراقِ لم يَجُز إلا أن يَأذَنَ له الواهِبُ في القَبض.

والقِياسُ: أن لا يَجوزَ في الوَجهَين؛ لأن القبضَ تَصرُّفٌ في مِلك الواهِبِ، والتَّصرُّفُ في مِلك الغيرِ لا يَصِحُّ(١) إلا بإذنه.

وجهُ الاستِحسانِ: أن القبضَ هنا بمَنزِلة القَبولِ من حيث تَوقُّفُ الْمِلكِ عليهما، فكما أن الإيجابَ منه يَكونُ تَسليطًا على القَبول، فكذا يَكونُ تَسليطًا على القَبض الذي نَزَل مَنزِلتَه.

بخِلاف ما إذا قَبَض بعدَ الافتِراقِ؛ لأنَّا إنما أثبَتنا التَّسليطَ على القَبض إلحاقًا له بالقَبول، والقَبولُ يَتقيَّدُ(٢) بالْمَجلِس، فكذا ما نَزَل مَنزِلتَه.

ولو نَهاه عن القَبض لا يَصِحُّ في الْمَجلِس وفي غَير الْمَجلِسِ؛ إذ لا عِبرةَ للدَّلالة بمُقابَلة التَّصريح(٣).

وكذا الصَّدَقةُ، والقرضُ، والرَّهنُ، والبيعُ الفاسِدُ.

وكذا هذا في الصَّدَقة، والقرضِ، والرَّهنِ، والبيعِ الفاسِدِ؛ لأنها كالهِبة في الافتِقار إلى القَبض.

في مَحوزٍ مَقسومٍ، ومُشاعٍ لا يُقسَمُ، وفيما يُقسَمُ لا(ف)، فإن قُسِم، وسُلِّم: صحّ.

وتَصِحُّ الهِبةُ في مَحوزٍ مَقسومٍ، ومُشاعٍ لا يُقسَمُ، وفيما يُقسَمُ لا تَصِحُّ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَصِحُّ.

---

(١) في (هـ): لا يجوز.

(٢) في (ب): لا يتقيد.

(٣) في (ج) و(هـ): الصريح.

ونَعني بالْمَحوز: أن يَكونَ مُفرَّغًا عن أَملاك الواهِبِ وحُقوقِه، وبما لا يُقسَمُ: ما لا يَحتمِلُ القِسمةَ، أي لا يَبقى مُنتفَعًا[1] بعدَ القِسمةِ أصلًا، كعبدٍ واحِدٍ، ودابّةٍ واحِدةٍ، أو لا يَبقى مُنتفَعًا بعدَ[2] القِسمةِ من جِنس الانتِفاعِ الذي كان قبلَ القِسمةِ، كالبَيت الصَّغيرِ، والحمّامِ الصَّغيرِ، والثَّوبِ الصَّغيرِ.

ونَعني بالْمَقسوم: أن يَبقى مُنتفَعًا[3] في الحالَين قبلَ القِسمةِ وبعدَها.

له: أن الهِبةَ عقدُ تَمليكٍ، فتَصِحُّ في الْمُشاع، كالبَيع؛ وهذا لأن الشّائعَ محَلٌّ لِما هو مُوجَبُ هذا العقدِ، وهو الْمِلكُ، فتكونُ محَلًّا لهذا العقدِ؛ إذ الشَّرطُ في محَلٍّ أُضِيف إليه العقدُ كونُه محَلًّا لحُكم العقدِ، وقد وُجِد.

ولا يَلزَمُ أن البيعَ لا يَفتقِرُ إلى القَبض، بخِلاف الهِبةِ: لأن البيعَ الفاسِدَ لا يُوجِبُ الْمِلكَ إلا بالقَبض، ويُوجِبُه في الْمُشاع كما يُوجِبُه في غَيره، والْمُشاعُ صَلَح رأسَ مالِ السَّلَمِ وبدَلَ الصَّرفِ.

ولأن الهِبةَ عقدُ تَبرُّعٍ، فتكونُ بمَنزِلة القرضِ والوصِيّةِ، والشُّيوعُ لا يَمنَعُ القرضَ، فإنه لو دَفَع ألفَ دِرهَمٍ إلى رَجُلٍ على أن يَكونَ نِصفُه قرضًا عليه ويَعمَلَ في النِّصف الآخرِ بشِرْكته: فإنه يَجوزُ ذلك، مع أن القبضَ شرطٌ لوُقوعِ الْمِلكِ في القَرض، ثم لا تُشترَطُ القِسمةُ.

والوصِيّةَ[4]، وهي تَبرُّعٌ بعدَ الموتِ، فكذا التَّبرُّعُ في الحَياة.

---

(١) في (هـ): منتفعًا به.

(٢) في (هـ): منتفعًا به من بعد.

(٣) في (هـ): منتفعا به.

(٤) أي وكذا الشيوع لا يمنع الوصية.

والقبضُ مُتصوَّرٌ في الْمُشاع كما يُتصوَّرُ في الْمُفرَز؛ فإن الْمَعنى بالقَبض التَّسلُّمُ[1] بِناءً على تَسليمٍ وتَخليةٍ من المالِك، وذا يَتحقَّقُ فيه، بأن وَهَب البعضَ وسَلَّم الكلَّ، فصار البعضُ مُسلَّمًا بتَسليم الكلِّ ضَرورةً، وصار كالْمُشاع الذي لا يَحتمِلُ القِسمةَ.

ولنا: أن الخُلَفاءَ الرّاشِدين رَضِيَ اللهُ عَنهُم وغيرَهم شَرَطوا القِسمةَ[2].

ولأن شرْطَ القبضِ مَنصوصٌ عليه، فيُراعى وُجودُه على أكمَل الجِهاتِ، كشَرط استِقبالِ القِبلةِ في الصَّلاة لَمّا كان مَنصوصًا عليه يُشترَطُ الكَمالُ فيه، حتى لو استَقبَل الحَطيمَ لا تَصِحُّ صَلاتُه، مع أنه من البَيت بالسُّنّة[3]؛ وهذا لأن الثّابتَ من وجهٍ دونَ وجهٍ لا يَكونُ ثابِتًا مُطلَقًا، وبدون الإطلاقِ لا يَثبُتُ الكَمالُ.

ثم القبضُ مع الشُّيوعِ ثابِتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ؛ لأن القبضَ عِبارةٌ عن الحِيازة، وهو: أن يَصيرَ الشَّيءُ في حَيِّز القابِضِ، والْمُشاعُ في حَيِّزه من وجهٍ دونَ وجهٍ؛ لأنه في يَده من وجهٍ، وفي يَد شَريكِه من وجهٍ، فتَمامُ الحِيازةِ بالقِسمة؛ لأن القِسمةَ تَجمَعُ الأجزاءَ الْمُتفرِّقةَ، وما لم تَجتمِع لا تَصيرُ مَحوزةً على الحَقيقة في يَده إلا بغَيره، وذلك غيرُ مَوهوبٍ، فيَمنَعُ تَمامَ الحِيازةِ لِما هو له؛ لأن ما للغَير[4] غيرُ مَحوزٍ له من طَريق الحُكمِ،

---

(١) في (ب) و(هـ): التسليم.

(٢) انظر التخريج السابق.

(٣) روى البخاري (١٥٨٤) ومسلم (١٣٣٣) عن الأسود بن يزيد عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنها قالت: سألت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ عن الجَدْر أمن البيت هو؟ قال: «نعم»، قلت: فما لَهم لم يدخلوه في البيت؟ قال: «إن قومك قصَّرَت بهم النفقة»، قلت: فما شأن بابه مرتفعًا؟ قال: «فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاؤوا ويمنعوا من شاؤوا، ولولا أن قومك حديث عهدهم بالجاهلية، فأخاف أن تنكر قلوبهم، أن أدخل الجدر في البيت، وأن ألصق بابه بالأرض».

(٤) في (ب): مال الغير.

فإذا لم تَتحقَّق الحِيازةُ في حقِّ مِلكِ الغيرِ، وحقُّه لا يَصيرُ مَحوزًا إلا بغَيره.. صارت الحِيازةُ ناقِصةً، فلا تَنهَضُ لإفادة الْمِلكِ.

ولأن اشتِراطَ أصلِ القبضِ لِمَعنًى، وذلك الْمَعنى مَوجودٌ في القِسمة، وهو: أن لا يَصيرَ عقدُ التَّبرُّعِ سببًا لوُجوب الضَّمانِ للمُتبرَّع عليه على الْمُتبرِّع في غَير ما تَبرَّع به؛ لأنه لو مَلَكَ قبلَ القبضِ لَطالَبه بالتَّسليم إليه، فكذا لو مَلَكه قبلَ القِسمةِ لَطالَبه بالقِسمة، فيَصيرُ عقدُ التَّبرُّعِ مُوجِبًا ضَمانَ الْمُقاسَمةِ عليه، وهو خِلافُ مَوضوعِ التَّبرُّعِ.

بخِلاف ما لا يُقسَمُ؛ لأن القبضَ لا يُتصوَّرُ فيه إلا ناقِصًا، فيُكتفى به؛ لأنَّا لو اعتَبَرنا الكَمالَ يَنسدُّ بابُ الهِبةِ أصلًا، وفيما يَحتمِلُ القِسمةَ يُتصوَّرُ تَسليمٌ فوقَه، فلا يُكتفى بالقاصِر منه، ولأنه لا يَستوجِبُ حقَّ الْمُطالَبةِ بالقِسمة، فلا تَلزَمُه مُؤنةُ القِسمةِ.

فإن قِيل: يَستوجِبُ به الْمُهايأةَ.

قُلنا: الْمُهايأةُ قِسمةُ الْمَنفَعةِ، وعقدُ التَّبرُّعِ لاقَى العَينَ، فلم يكن ذلك ضَمانًا في عَين ما تَبرَّع به، والقبضُ ليس بشرطٍ للوَصِيّة والبيعِ الصَّحيحِ، والقبضُ في البيَع الفاسِدِ والصَّرفِ والسَّلَمِ غيرُ مَنصوصٍ عليه.

وقولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «يدًا بيدٍ»[1] لبيان التَّعيينِ، إلا أن التَّعيينَ في الثَّمَنين يَكونُ بالقَبض.

ولأن القبضَ شرطُ بَقاءِ الصَّرفِ والسَّلَمِ على الصِّحّة، لا شرطُ الابتِداءِ، والبَقاءُ أسهَلُ من الابتِداء.

ولأنها عُقودُ ضَمانٍ، فيَجوزُ أن يَتعلَّقَ بها ضَمانُ الْمُقاسَمةِ، والقرضُ تَبرُّعٌ ابتِداءً، وعقدُ ضَمانٍ انتِهاءً؛ لكَونه مَضمونًا بالْمِثل، فلا يَبعُدُ أن يَتعلَّقَ به ضَمانُ الْمُقاسَمةِ،

(١) جزء من حديث رواه البخاري (٢٤٩٧) ومسلم (١٥٨٤) بسياقات مختلفة.

ثم لشَبَهِه بالتَبرُّع شَرَطنا فيه القبضَ، ولشَبَهِه بعقد الضَّمانِ لا تُشترَطُ فيه القِسمةُ؛ عملًا بالشَّبَهَين.

ولأن شرطَ القبضِ فيه غيرُ مَنصوصٍ عليه ليُراعى وُجودُه على أكمَل الجِهاتِ.

ولو وَهَب نَصيبَه من الدّار أو من شيءٍ يَحتمِلُ القِسمةَ لشَريكه: لم يَجُز عندَهم؛ لأن الحُكمَ مُعلَّقٌ بالقَبض، والقبضُ الكامِلُ لا يُتصوَّرُ في الشّائع.

فإن قِيل: الفَسادُ في الهِبة من غَير الشَّريكِ باعتِبار أنه يُؤدِّي إلى إيجاب الضَّمانِ على الْمُتبرِّع.

قُلنا: إن عُدِمت تلك العِلّةُ فقد وُجِدت العِلّةُ الأُخرى، وهي: أن القبضَ لا يَتِمُّ في الجُزء الشّائعِ، فقبضُ الشَّريكِ لا يَتِمُّ باعتِبار ما لاقَتْه الهِبةُ، وإنما يَتِمُّ به وبغَيره، وهو ما كان مَملوكًا له، وما يُشترَطُ لإتمام العقدِ فإنما يُعتبَرُ ثابِتًا فيما يَتناوَلُه العقدُ دونَ غيرِه.

فإن وَهَب شِقصًا مُشاعًا فَسَدت الهِبةُ؛ لِما قُلنا، فإن قُسِم وسُلِّم صَحّ؛ لأن التَّمامَ بالقَبض، والشُّيوعُ زال عندَ القبضِ.

وإن وَهَب دَقيقًا ودُهنًا في بُرٍّ وسِمسِمٍ: لا، وإن أُخرِج.

ولو وَهَب دَقيقًا في بُرٍّ، أو دُهنًا في سِمسِمٍ: لا يَصِحُّ، وإن أخرَجهما وسَلَّمهما، وكذا السَّمنُ في اللَّبَن؛ لأن العقدَ مُضافٌ إلى الْمَعدوم، فلَغا، ولهذا لو استَخرَجه الغاصِبُ يَملِكُه، والعقدُ إذا بَطَل لعَدَم المحَلِّ لا يَنقلِبُ جائزًا بوُجود المحَلِّ، بل يَفتقِرُ بعدَ وُجودِ المحَلِّ إلى التَّجديد، بخِلاف الْمُشاعِ؛ لأنه محَلٌّ؛ لأنه مَوجودٌ وقتَ العقدِ، ويُتصوَّرُ القبضُ فيه، لكن لا على سَبيل الكَمالِ، واعتِبارُ الاعتِبارِ في بَيع السِّمسِمِ بالدُّهن للتَّفادي عن شُبهة الرِّبا.

وهِبةُ اللَّبَنِ في الضَّرع، والصُّوفِ على ظَهر الغنَمِ، والزَّرعِ والنَّخلِ في الأَرض، والتَّمرِ على النَّخيل: بمَنزِلة الْمُشاعِ؛ لأن عدَمَ الجَوازِ لاتِّصال الْمَوهوبِ بما ليس هو بمَوهوبٍ من مِلك الواهِبِ مع إمكانِ الفصلِ، وذا يَمنَعُ القبضَ، كالْمُشاع.

ومَلَك بلا قبضٍ جَديدٍ لو[1] في يَده، أو طِفلِه.

وإذا كانت العَينُ الْمَوهوبةُ في يَد الْمَوهوبِ له وَديعةً، أو عارِيّةً، أو أمانةً: مَلَكها بالهِبة والقَبولِ، وإن لم يُجدِّد فيها قبضًا؛ لأن القبضَ في باب الهِبةِ غيرُ مَضمونٍ، فيُعتبَرُ فيه أصلُ القبضِ، وأصلُ القبضِ مَوجودٌ هنا، فناب عن قَبض الهِبةِ.

بخِلاف ما إذا باع الوَديعةَ ممن هي في يَده؛ لأن البيعَ يَقتَضي قبضًا مَضمونًا، وقبضُ الْمُودَعِ قبضُ أمانةٍ، فلا يَنوبُ عن قَبض الضَّمانِ، بل يَحتاجُ إلى تَجديد القبضِ، وذا بأن يَرجِعَ إلى مَوضِعٍ فيه العَينُ، ويَمضيَ وقتٌ يَتمكَّنُ فيه من قَبضها.

وكذا لو كانت مَضمونةً في يَده بالقِيمة أو الْمِثلِ، كالْمَقبوض على سَوم البيعِ والْمَغصوبِ، فوُهِب له: صَحّ، وثَبَت الْمِلكُ بمُجرَّد العقدِ؛ لوُجود أصلِ القبضِ وزِيادةٍ، بخِلاف ما لو كان مَضمونًا بغَيره، كالْمَرهون والْمَبيعِ؛ فإنه يُحتاجُ فيهما إلى تَجديد القبضِ.

وإذا وَهَب الأبُ لطِفله مَلَك الطِّفلُ بالعَقد؛ لأنه في قَبض الأبِ، فيَنوبُ عن قَبض الهِبةِ.

ولا فرقَ بينَ ما إذا كان في يَده أو في يَد مُودَعِه؛ لأن يَدَ الْمُودَعِ بمَنزِلة يدِ الْمُودِعِ حُكمًا، فيُمكِنُ أن يُجعَلَ قابِضًا لوَلَده باليَد التي هي قائِمةٌ مَقامَ يدِه.

فإن قيل: قد قُلتُم: إذا وَهَب الوَديعةَ من الْمُودَعِ جاز، ولو كانت يدُه كيَد الْمُودِعِ لم

(١) في (ن): ولو.

يكن قابِضًا لنَفسه بحُكم يدِه.

قُلنا: اليدُ للمُودَع في الحَقيقة، فباعتِبار هذه الحَقيقةِ نَجعَلُه قابِضًا لنفسه، ويدُه قامت مَقامَ يدِ الْمُودِعِ ما دام هو في الحِفظ عامِلًا للمُودِع، وذا قبلَ التَّمليكِ بالهِبة، فأما بعدَ ذلك: فهو عامِلٌ لنَفسه.

ولو رَهَن عبدَه من رَجُلٍ وسَلَّمه، ثم وَهَبه لابنه الصَّغيرِ: لم يَجُز، وكذا لو غَصَب عبدَه غاصِبٌ، فوَهَبه لابنه الصَّغيرِ؛ لأنه ليس[1] في يَد الرّاهنِ والْمَغصوبِ منه حَقيقةً وحُكمًا؛ لكَونه مَضمونًا على الْمُرتهِن والغاصِبِ، والضَّمانُ إنما يَكونُ بتَفويت اليدِ.

ولو باعه بيعًا فاسِدًا وسَلَّمه، ثم وَهَبه لابنه الصَّغيرِ: لم يَجُز؛ لأنه خَرَج عن مِلكه، فقد وَهَب ما لا يَملِكُه، فلا يَجوزُ، ولأن اليدَ لغَيره حَقيقةً وحُكمًا، حيث كان في ضَمان الغيرِ، والصَّدَقةُ في هذا كالهِبة.

وكذا إذا وَهَبت للطِّفل أُمُّه شيئًا وهو في عِيالها، وأبُوه ميْتٌ، ولا وصِيَّ له: جازت الهِبةُ، وقبضُ الأُمِّ بمَنزِلة قبضِ الأبِ لو كان حيًّا.

وكذا كلُّ من يَعولُه، كالعمِّ والأخِ؛ لأنه يَتمحَّضُ نفعًا له.

وإن وَهَب له أجنبيٌّ تَمَّ بقَبض وَليِّه، وأُمِّه، وأجنبيٍّ لو في حِجْرهما، وقبضِه إن عَقَل.

وإن وَهَب له أجنبيٌّ هِبةً تَمَّت بقَبض وليِّه، وهو الأبُ، أو الجدُّ أبُ الأبِ بعدَ ابنِه[2]، أو وصِيُّهما؛ لأن لهؤلاء وِلايةً عليه، وقد تَمحَّض التَّصرُّفُ نفعًا له.

وكذا إذا كان في حَجر أُمِّه أو أجنبيٍّ فقبضُهما له جائِزٌ؛ لأن من يَعولُه فيما يَتمحَّضُ مَنفعةً لليَتيم خَلَفٌ عن وليِّه؛ ألا تَرى أنه أحقُّ بحِفظه وتَربِيَته، وهذا من ضَرورات

(١) سقطت من (هـ).

(٢) في (ج): أبيه.

الحِفظِ، فيَكونُ حُكمُه حُكمَ الحِفظِ.

وهذا لأن الحِفظَ لا يَحصُلُ إلا بضَرب وِلايةٍ في الكَسب له؛ لأنه لا يَبقى عادةً إلا بقُوتٍ ومَلبوسٍ، ولا بُدَّ أن يَكونَ بسَبيلٍ من التَّحصيل في حقِّه، فصار ذلك من ضَروراته؛ ألا تَرى أنه لو أَراد أجنَبيٌّ آخرُ أن يَنزِعَه من يَده لم يكن له ذلك، وله أن يُسلِّمَه في تَعليم الأعمالِ، والخَلَفُ يَعمَلُ عمَلَ الأصلِ عندَ عدَمِ الأصلِ.

وإن قَبَض الصَّبيُّ الهِبةَ بنَفسه جاز إن كان عاقِلًا؛ لأنه في النّافِع المحضِ مُلحَقٌ بالبالِغ، ويَجوزُ قبضُ زوجِ الصَّغيرةِ بعدَ الزِّفافِ، وإن كانت الوِلايةُ عليها للأَب دونَ الزَّوجِ؛ لأنه أَقام الزَّوجَ مَقامَ نفسِه في حِفظها وحِفظِ مالِها بعدَ الزِّفافِ، وقبضُ الهِبةِ من باب الحِفظِ، فيَقومُ الزَّوجُ فيه مُقامَ الأبِ.

ولكن إذا قَبَضه الأبُ[1] صَحّ؛ لقِيام وِلايتِه، وتَملِكُه مع حَضرةِ الأبِ، بخِلاف الأُمِّ ومن يَعولُه غيرُها؛ فإنهم لا يَملِكونه إلا بعدَ موتِ الأبِ أو غَيبتِه غَيبةً مُنقطِعةً في الصَّحيح؛ لأنه إنما يَصِحُّ قبضُهم عليه للضَّرورة، ولا ضَرورةَ عندَ حُضورِ من له وِلايةٌ عليه، ووِلايةُ الزَّوجِ بتَفويض الأبِ أُمورَها إليه دَلالةً.

وإن لم تُزَفَّ إلى بَيت زوجِها لم يُعتبَر قبضُ الزَّوجِ لها؛ لأن اعتِبارَ ذلك بحُكم أنه يَعولُها، وأن له عليها يدًا مُستحَقّةً، وذا لا يُوجَدُ قبلَ الزِّفافِ.

وصحَّ هِبةُ اثنَين دارًا لواحِدٍ، لا بعَكسه(س م).

وإن وَهَب اثنان لواحِدٍ دارًا صَحّ؛ لأنهما سَلَّماها إليه جُملةً، وهو قد قَبَضها جُملةً بِناءً على تَسليمهما[2]، فلا يَدخُلُ فيه الشُّيوعُ.

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) في سوى (أ) و(ج): تسليمها.

وبعَكسه: لا يَصِحُّ؛ أي إن وَهَبها واحِدٌ لاثنَين لا يَصِحُّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: يَصِحُّ؛ لأنه تَمليكٌ واحِدٌ حَصَل في كلِّ هذا الشَّيءِ منهما، لا أنه تمليكُ البعضِ منه والبعضِ منه؛ لأنه حينَئذٍ يَكونُ تَمليكَين لا تمليكًا واحِدًا، وقضِيَّةُ إضافةِ العقدِ إليهما إضافةً واحِدةً أن يَكونَ تَمليكًا واحِدًا، وهما قد قَبَضاها جُملةً، فلا شُيوعَ.

ولهذا لو رَهَن دارَه من رَجُلَين رهنًا واحِدًا صَحّ، ولو دَخَل فيه الشُّيوعُ لَمَا صَحّ؛ إذ تأثيرُ الشُّيوعِ في الرَّهن أكثَرُ، حتى لا يَصِحُّ الرَّهنُ في مُشاعٍ لا يَحتمِلُ القِسمةَ، بخِلاف الهِبةِ.

وله: أن الْمِلكَ ثَبَت على الشُّيوع في النِّصف لهذا وفي النِّصف لهذا بالإِجماع، والقبضُ لا يَتحقَّقُ في الْمُشاع؛ وهذا لأنه لَمّا ثَبَت أن الْمِلكَ حَصَل لهما شائِعًا ثَبَت أن التَّمليكَ وَقَع شائِعًا؛ إذ الْمِلكُ حُكمُ التَّمليكِ، ومتى حَكَمنا بثُبوت الْمِلكِ في النِّصف لهذا وفي[1] النِّصف لهذا.. فقد حَكَمنا بأنه تَمليكُ النِّصفِ من هذا وتَمليكُ النِّصفِ من ذا، ولهذا لو كانت فيما لا يُقسَمُ، فقَبِل أحَدُهما: صَحّ، ولو لم يكن تَمليكَ النِّصفِ من كلِّ واحِدٍ لَمَا صَحّ.

بخِلاف الرَّهنِ؛ لأن حُكمَه ما ثَبَت على الْمُناصَفة، بل ثَبَت على سَبيل الكَمالِ في حقِّ كلِّ واحِدٍ منهما؛ لأن حُكمَ الرَّهنِ مِلكُ الحبسِ، ويُتصوَّرُ أن يَكونَ مِلكُ الحبسِ ثابِتًا لكلِّ واحِدٍ منهما على الكَمال؛ إذ لا تَضايُقَ في الحَبس، فيُتصوَّرُ أن يَكونَ العَينُ الواحِدُ مَحبوسًا بحقِّ هذا على الكَمال، وبحقِّ هذا على الكَمال.

بخِلاف مِلكِ العَينِ؛ فإنه لا يُتصوَّرُ إثباتُه لكلِّ واحِدٍ على سَبيل الكَمالِ، ولهذا لو قَضى دَينَ أحَدِهما لا يَكونُ له أن يَستَرِدَّ شيئًا من الرَّهن ما لم يَقضِ دَينَ الآخَرِ.

---

(١) في (هـ): وقع في.

وبخِلاف الإجارةِ من رَجُلَين؛ فإنها جائزةٌ، مع أن إجارةَ نِصفِ الدّارِ باطِلةٌ؛ لأن المانِعَ ثَمَّ استِحقاقُ عَودِ الْمُستأجِرِ إلى يَد الْمُؤْجِرِ في مُدّة الإجارةِ بحُكم الْمُهايأةِ، وذا لا يُوجَدُ في الإجارة من اثنَين، ولهذا جاز إجارةُ أحدِ الشَّريكَين من شَريكه، بخِلاف الهِبةِ.

ولأن الواجِبَ هنا القبضُ، وعندَه: يَتحقَّقُ الشُّيوعُ، وثَمَّ التَّسليمُ، وهو يَقَعُ جُملةً.

وتَصدُّقُ عَشَرةٍ وهِبتُها لفَقيرَين(و)، لا لغَنِيَّين(و).

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: إذا تَصدَّق على مُحتاجَين بعَشَرة دَراهِمَ أو وَهَبها لهما: جاز، ولو تَصدَّق بها على غَنِيَّين أو وَهَبها لهما: لم يَجُز.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَجوزُ كلُّه.

وحاصِلُه: أنه أَجاز الصَّدَقةَ على اثنَين، ولم يُجِز الهِبةَ لاثنَين، غيرَ أنه جَعَل الهِبةَ مَجازًا عن الصَّدَقة إذا صَادفت الفَقيرَ، والصَّدَقةَ مَجازًا عن الهِبة إذا صَادفت الغَنيَّ؛ لوُجود الْمُجوِّزِ؛ إذ كلُّ واحِدٍ منهما تَمليكٌ بغَير بدَلٍ.

وذَكَر في «الأَصل» عَقيبَ مَسألةِ الهِبةِ: (وكذلك الصَّدَقةُ)، وهذا يَدُلُّ على أن التَّصدُّقَ على اثنَين فيما يَحتمِلُ القِسمةَ باطِلٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ، كالهِبة، فسَوّى بينَهما في «الأَصل»، وفَرّق بينَهما في «الجامِع الصَّغيرِ».

وجهُ تلك الرِّوايةِ: أن الصَّدَقةَ باطِلةٌ في الشّائِع، كالهِبة؛ لتَوقُّفهما على القَبض، فوَجَب أن يَستَويا في هذا أيضًا، إذ الْمُفسِدُ واحِدٌ، وهو الشُّيوعُ.

ووجهُ الفرقِ على رِواية «الجامِعِ الصَّغيرِ»: أن الصَّدَقةَ تَقَعُ لله تَعالى، ولهذا لم يكن فيها رُجوعٌ، وإنما تَصيرُ للفَقير نِيابةً عن الله تَعالى بحُكم الرِّزقِ الْمَوعودِ، والله

تَعالى واحِدٌ لا شَريكَ له، فلا يَتمكَّنُ الشُّيوعُ فيها، فتَصِحُّ، كالهِبة إذا دُفِعت[1] لواحِدٍ، وقَبَضها اثنان بحُكم الوَكالةِ عن الْمَوهوب له.

فأما الهِبةُ: فإنما تَقَعُ للمَوهوب له، فيَتمكَّنُ الشُّيوعُ عندَ تَعدُّدِ الْمَوهوبِ له، فتَمتنِعُ الهِبةُ.

وقِيل: الْمَذكورُ في «الجامِع الصَّغيرِ» هو **الصَّحيحُ**، والْمُرادُ بالْمَذكور في «الأَصل» بقَوله: (وكذلك الصَّدَقةُ): الصَّدَقةُ على الغَنِيَّين، فعلى هذا التَّأويلِ: لا مُخالَفةَ بينَ الرِّوايتَين، فلا يُحتاجُ إلى الفَرق.

ولو وَهَب رَجُلٌ لرَجُلَين دارًا، لأَحَدهما ثُلُثاها، وللآخَر ثُلُثُها، وقَبَضاها: لم يَجُز عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَجوزُ.

ولو قال: (لأَحَدهما نِصفُه وللآخَر نِصفُه): عن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ فيه رِوايتان.

فأبو حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ مَرَّ على أَصله، وكذا محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن هذه هِبةٌ واحِدةٌ من رَجُلَين، نَصَّ على التَّفاضُل أو التَّساوِي أو لم يَنُصَّ؛ ألا تَرى أن في البَيع من رَجُلَين يُجعَلُ بيعًا واحِدًا منهما لا بَيعَين، سَواءٌ نَصَّ على التَّفاضُل بينَهما أو لم يَنُصَّ، كذا هنا.

وأبو يوسف يَقولُ: إنما جَوَّزنا الهِبةَ لرَجُلَين[2] على تَقدير أنه لم يَقصِد به إثباتَ الحُكمِ في الأَبعاض، فإذا نَصَّ على الأَبعاض على التَّفاوُت عَلِمنا أن قَصْدَه إثباتُ الحُكمِ في البَعض لهذا والبعضِ لذا، فيَدخُلُ فيه الشُّيوعُ، ولهذا جَوَّزنا الرَّهنَ من اثنَين عندَ عدَمِ التَّعرُّضِ للأَبعاض، وإذا تَعرَّض للأَبعاض، بأن قال: (رَهَنتُكما هذا الشَّيءَ على أن يَكونَ النِّصفُ رهنًا عندَ هذا، والنِّصفُ رهنًا عندَ ذا): كان فاسِدًا؛ لأن بالتَّفصيل

(١) في سوى (أ) و(ب): وقعت.

(٢) في (أ): من رجلين.

يَتفرَّقُ العقدُ، كذا هنا.

وأما إذا نَصَّ على التَّناصُف: فقد أمكَن تَصحيحُ العقدِ بجَعل هذا مَجازًا عن الْمُوجَب؛ لأن مُطلَقَ العقدِ يَقتَضيه، فلم يُعتبَر شُيوعًا في العَقد، بخِلاف ما إذا نَصَّ على التَّفاوُت؛ لأن مُطلَقَ العقدِ لا يَقتَضي وُقوعَ الحُكمِ على هذا الْمِثالِ، فلا يُمكِنُ أن يُجعَلَ مَجازًا عن مُوجَب العقدِ، فيَقتَضي شُيوعًا في العَقد، فيَفسُدُ العقدُ.

وهِبةُ مَتاعٍ في داره، أو طَعامٍ في جُرابه[1].. إن سَلَّمهما، لا عكسُه.

ولو وَهَب مَتاعًا في داره، أو طَعامًا في جُرابه، وسَلَّمهما -أي الدّارَ والجُرابَ- بما فيهما: صَحَّت الهِبةُ في الْمَتاع والطَّعامِ، ولو وَهَب دارًا وفيها مَتاعُ الواهِبِ، وسَلَّم الكلَّ إلى الْمَوهوب له، أو وَهَب جُرابًا وفيه طَعامُ الواهِبِ، وسَلَّم الجُرابَ: لا تَصِحُّ الهِبةُ.

والأصلُ: أن الْمَوهوبَ متى كان مَشغولًا بمِلك الواهِبِ يَمنَعُ التَّسليمَ، فيَمنَعُ صِحّةَ الهِبةِ، ومتى كان الْمَوهوبُ شاغِلًا لا يَمنَعُ التَّسليمَ، فتَصِحُّ الهِبةُ.

ففي الفَصل الأوَّلِ: الْمَوهوبُ شاغِلٌ لا مَشغولٌ.

وفي الفَصل الثّاني: الْمَوهوبُ مَشغولٌ بمِلك الواهِبِ؛ وهذا لأن الْمَظروفَ يَشغَلُ الظَّرفَ، أما الظَّرفُ: فلا يَشغَلُ الْمَظروفَ.

ودارٍ، ثم مَتاعٍ ونِصفِ دارٍ، ثم نِصفٍ، إن سَلَّم الكلَّ.

ولو وَهَب الدّارَ، ولم يُسلِّم حتى وَهَب الْمَتاعَ، أو وَهَب نِصفَ دارٍ ولم يُسلِّم حتى وَهَب النِّصفَ الآخرَ، وسَلَّم الكلَّ جُملةً: صَحَّت الهِبةُ في الكلّ؛ لأنه إذا سَلَّم الكلَّ جُملةً صار كأنه وَهَب الكلَّ جُملةً، بخِلاف ما إذا تَفرَّق التَّسليمُ.

---

(١) الجُراب: وعاء الزاد، والعامة تفتحه. «المختار» ص٩٤.

الجراب: وعاء من جلد يحفظ فيه الزاد. «لغة الفقهاء» ص١٦١.

وزَرْعِ أرضٍ، وثَمَرِ شَجَرٍ(و)، وحِليةِ سيفٍ(و)، وبِناءٍ(و) دارٍ، وقَفيزِ صُبْرَةٍ(و)، إن أمَرَه بحَصادٍ، وجَدادٍ[1]، ونزعٍ، ونقضٍ، وكَيلٍ، وفِعلٍ، وإن لم يَأذَن بالقَبض، وفَعَل: ضَمِن.

ولو وَهَبَ زرعًا في أرضٍ، أو ثمرًا في شجرٍ، أو حِليةَ سَيفٍ، أو بِناءَ دارٍ، أو قَفيزًا من صُبرةٍ، وأمَره بالحَصاد، والجِدادِ[2]، والنَّزعِ، والنَّقضِ، والكَيلِ، وفَعَل: صَحَّ استِحسانًا، ويُجعَلُ كأنه وَهَبه بعدَ الحَصادِ والجِدادِ[3] ونحوِهما.

وإن لم يَأذَن له بالقَبض، وفَعَل: ضَمِن؛ لأنه أفسَد مِلكَ غيرِه.

ودارٍ بمَتاعها إن سَلَّمهما[4]، ثم استُحِقّ.

ودارٍ بعدَ غصبِهما، أو قَبولِهما وَديعةً.

ولو وَهَب دارًا بمَتاعها، وسَلَّمهما[5]، ثم استُحِقَّ الْمَتاعُ: صَحَّت الهِبةُ في الدّار؛ لأنه بالاستِحقاق ظَهَر أن يدَه في الْمَتاع كان يدَ غصبٍ، وصار كما لو غَصَب الدّارَ والْمَتاعَ، ثم وَهَب له الدّارَ، أو أودَعه الدّارَ والْمَتاعَ، ثم وَهَب له الدّارَ، فإنه يَصِحُّ.

لا أرضٍ وزَرعٍ فاستُحِقّ، وزرعٍ أو نخلٍ في أرضٍ، وأرضٍ دونَه، وثَمَرٍ في شَجَرٍ، وشَجَرٍ دونَه.

---

(١) في (م) و(ن): جذاذ. والجداد -بفتح الجيم وكسرها، من حد دخل-: هو صرام النخل، أي قطع ثمرها. «الطلبة» ص١٠٦. وجذذت الشيء جَذًّا -من باب قتل-: قطعته، فهو مجذوذ، فانجذ، أي انقطع. «المصباح» ١/ ٩٤.

(٢) في (ب): والجذاذ.

(٣) في (ب): والجذاذ.

(٤) في (ن): سلمها.

(٥) في (د): وسلمها.

ولو وَهَب أرضًا وزرعًا، وسَلَّمهما[1]، فاستُحِقَّ الزَّرعُ: بَطَلت الهِبةُ في الأَرض؛ لأن الزَّرعَ مع الأرضِ بحُكم الاتِّصالِ كشيءٍ واحِدٍ، فإذا استُحِقَّ أحَدُهما صار كأنه استُحِقَّ البعضُ الشّائعُ فيما يَحتمِلُ القِسمةَ، فتَبطُلُ الهِبةُ في الباقِي.

ولو وَهَب زرعًا أو نخلًا في أرضٍ، أو وَهَب أرضًا دونَه، أو ثمَرًا في شجَرٍ، أو شجَرًا دونَه: لا يَصِحُّ؛ لأنه مُتَّصِلٌ به اتِّصالَ خِلقةٍ، فكان بمَنزِلة المُشاعِ الذي يَحتمِلُ القِسمةَ، فلا يَتِمُّ بدُون الإفرازِ والحِيازةِ، والله أعلَمُ.

(١) في (ج) و(هـ): وسلمها.

بَابُ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ

وإذا وَهَب هِبةً لأجنبيٍّ فله الرُّجوعُ فيها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا رُجوعَ فيها؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا يَرجِعُ الواهِبُ في هِبَته، إلا الوالِدَ فيما يَهَبُ لوَلَده»[1]، وفي رِوايةٍ: «لا يَحِلُّ لواهِبٍ[2] أن يَرجِعَ في هِبَته»[3]، فقد نَفى الرُّجوعَ أو حَرَّم، ولا يَجوزُ الإقدامُ على ارتِكاب الحَرامِ شرعًا.

ولأنه عقدُ تَمليكٍ، فوَجَب أن يَلزَمَ، كالبَيع؛ وهذا لأن الرُّجوعَ يُضادُّ الْمَقصودَ بالتَّمليك، والعقدُ لا يَنعقِدُ مُوجِبًا ما يُضادُّ الْمَقصودَ به.

وإنما يَثبُتُ حقُّ الرُّجوعِ فيما بينَ الوالِدِ والولَدِ: لأن إخراجَه عن مِلكه لم يَتِمَّ؛ لأن الولَدَ كسبُه أو بعضُه، فلم يَتِمَّ التَّمليكُ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الواهِبُ أحقُّ بهِبَته ما لم يُثَب منها»[4]، أي: لم يُعوَّض.

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٣٩)، والترمذي (٢١٣٢)، والنسائي (٣٦٩٠)، وابن ماجه (٢٣٧٧)، بألفاظ متقاربة. فلفظ أبي داود: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهبَ هبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها: كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه».

ولفظ الترمذي والنسائي وابن ماجه: «لا يحل للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها: كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه».

(٢) في (هـ): لوالد.

(٣) رواه الطحاوي في «معاني الآثار» (٥٨١٧)، ورواه الإمام الشافعي في «مسنده» -بترتيب السندي- (٥٨٤) ثم البيهقي (١٢٠١٥) بلفظ: «لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب، إلا الوالد من ولده».

(٤) رواه ابن ماجه (٢٣٨٧)، والدارقطني (٢٩٧١)، والبيهقي (١٢٠٢٤)، وانظر «نصب الراية»=

والْمُرادُ: حقُّ الرُّجوعِ بعدَ التَّسليمِ؛ لأنها لا تكونُ هِبةً حقيقةً قبلَ التَّسليمِ.

وإضافتُها إلى الواهِب باعتِبار أنها كانت له، كرَجُلٍ يقولُ: (أكَلنا خُبزَ فُلانٍ الخبّازِ)، وإن كان اشترَاه منه.

ولأنه مَدَّ هذا الحقَّ إلى وُصول العِوَضِ إليه، وذا في حقِّ الرُّجوعِ بعدَ التَّسليمِ.

ولأنه أثبَت للواهِب حقًّا أغلبَ من حقِّ الْمَوهوبِ له، ولا يَجتمِعُ الحقّان وحقُّ الواهِبِ أغلَبُ إلا بعدَ تَمامِ الهِبةِ بالقَبض؛ إذ لا حقَّ للمَوهوب له قبلَ القبضِ.

ولأنه فات الْمَقصودُ بالعَقد، فيَثبُتُ للعاقِد وِلايةُ الفسخِ؛ دفعًا للضَّرر النّاشئِ من زَوال الْمِلكِ الخالِي عن الْمَقصود، كالْمُشتري إذا وَجَد بالْمُشترَى عَيبًا؛ وهذا لأن الْمَقصودَ بالهِبة للأجانِب العِوَضُ والْمُكافأةُ عادةً، ولهذا يُقالُ: (الأيادِي قُروضٌ)، وقد تأيّدت بالشَّرع، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «تَهادَوا تَحابُّوا»[1]، والْمَعروفُ كالْمَشروط، والتَّفاعُلُ يَقتَضي وُجودَ الفِعلِ من الجانِبَين.

والْمُرادُ بما رَوى[2]: أن لا يَنفرِدَ بالرُّجوعِ[3] من غَير قَضاءٍ ولا رِضاءٍ، إلا الوالِدَ إذا احتاَج إلى ذلك، فإنه يَنفرِدُ بالأخذ؛ لحَاجته، وسُمِّي ذلك رُجوعًا باعتِبار الظّاهرِ، وإن لم يكن رُجوعًا في الحُكم.

أو الْمُرادُ[4]: لا يَحِلُّ الرُّجوعُ دِيانةً ومُروءةً، كقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يَحِلُّ

= ٤/ ١٢٥.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أي حديث: «لا يَرجِعُ الواهِبُ في هِبَته...».

(٣) في (ب): بالأخذ بالرجوع.

(٤) في (ب) و(د): والمراد.

لرَجُلٍ يُؤمِنُ بالله واليومِ الآخرِ أن يَبِيتَ شَبعانَ وجارُه إلى جَنبه طاوٍ»[1]، أي لا يَليقُ ذلك بالدِّيانة والمُروءة، وإن كان جائزًا في الحُكم إذا لم يكن عليه حقٌّ واجِبٌ.

وهكذا نَقولُ: لا يَليقُ بالمُروءة الرُّجوعُ، ويُكرَهُ؛ ألا تَرى إلى قوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «العائِدُ في هِبَته كالعائِد في قَيئه»[2]، وهذا التَّشبيهُ في مَعنى الاستِقباح والاستِقذارِ، لا في حُرمة الرُّجوعِ كما زَعَم الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ ألا تَرى أنه قال في رِوايةٍ أُخرى[3]: «كالكَلب يَقيءُ ثم يَعودُ[4] في قَيئه»[5]، وفِعلُ الكلبِ يُوصَفُ بالقُبح لا بالحُرمة، وبه نَقولُ إنه يُستقبَحُ[6].

ومَنَع رُجوعَها: قبضُ[7] العِوَضِ، وصحَّ عن أجنَبيٍّ.

وإنما يَبطُلُ حقُّ الرُّجوعِ بمَوانِعَ سَبعةٍ:

أحَدُها: قبضُ العِوَضِ؛ لِما رَوَينا[8]، ولأن حقَّ الرُّجوعِ في الهِبة كان لخلَلٍ في مَقصوده، وقد عُدِم ذلك بوُصول العِوَضِ إليه، فهو كالمُشتَري يَجِدُ بالمَبيع عَيبًا، فيَزولُ العَيبُ قبلَ أن يَرُدَّه.

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، ورواه من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ١٢/ ٥٤، ورواه البزار (٧٤٢٩) بلفظ قريب وهو: «ليس المؤمن الذي يبيت شبعان وجاره طاوٍ».

(٢) رواه البخاري (٢٦٢١)، ومسلم (١٦٢٢).

(٣) مثبتة من (ج) و(هـ).

(٤) في (هـ): يرجع.

(٥) رواه البخاري (٢٥٨٩)، ومسلم (١٦٢٢).

(٦) في (ج): مستقبح.

(٧) في (م): قبل.

(٨) أي حديث: «الواهِبُ أحقُّ بهِبَته ما لم يُثَب منها».

وإن عَوَّضه أجنَبيٌّ عن الْمَوهوب له مُتبرِّعًا، فقَبَض الواهِبُ العِوَضَ: بَطَل حقُّ الرُّجوعِ؛ لأن التَّعويضَ تَبرُّعٌ لغَرَضٍ، وهو إسقاطُ حقِّ الرُّجوعِ للأوَّل في تَبرُّعه، فيَصِحُّ من الأجنَبيِّ كما يَصِحُّ من الْمَوهوب له، كبَدَل الخُلعِ، والصُّلحِ عن دَم العمدِ، فإنه لَمّا كان بذلَ مالٍ لإسقاط حقٍّ صَحَّ من الأجنَبيِّ كما صَحَّ ممن عليه الحقُّ.

وليَقُل: (خُذْه عِوَضَ هِبتِك)، أو (بَدَلَها)، أو (بمُقابَلتها).

وإذا قال الْمَوهوبُ له للواهِب: (خُذ هذا عِوَضَ هِبَتِك)، أو (ثَوابًا) أو (بَدَلًا).. (عنها)، أو (بمُقابَلتها)، أو (مَكانَها)، فقَبَضه الواهِبُ: سَقَط حقُّ الرُّجوعِ؛ لأن الشَّرطَ في التَّعويض أن يَأتيَ بلفظٍ يَعلَمُ الواهِبُ أنه يُعطِيه جَزاءَ صَنيعِه، وقد حَصَل ذلك بهذه الألفاظِ، وإنما يُبنى الحُكمُ على ما هو الْمَقصودُ، فإذا حَصَل ذلك فالعِباراتُ فيه سَواءٌ.

ولو وَهَب للواهِبِ شيئًا، ولم يَقُل: (هذا عِوَضٌ عن هِبَتك) أو ما شاكَله: فللواهِب أن يَرجِعَ في هِبَته؛ لأنه لَمّا لم يُضِف تَمليكَه إلى هِبَته كان فِعلُه هِبةً مُبتدأةً لا تَعويضًا، فلكلِّ واحِدٍ منهما أن يَرجِعَ.

ولأن سُقوطَ حقِّ الرُّجوعِ لحُصول مَقصودِ الواهِبِ، وإنما يُعلَمُ ذلك إذا بَيَّن له أنه عِوَضٌ ويَرضى به، فأما بدُونه: فلا؛ لأن التَّمليكَ الْمُطلَقَ يَحتمِلُ الابتِداءَ ويَحتمِلُ الْمُجازاةَ، فلا يَبطُلُ حقُّ الرُّجوعِ بالشَّكِّ.

فلو عَوَّض النِّصفَ: رَجَع(ل) بما لم يُعوِّض، وإن استُحِقَّ نِصفُها: رَجَع بنِصفه، وبعَكسه لا(ز)، حتى يَرُدَّ ما بَقِي.

وإن استُحِقَّ نِصفُ الهِبةِ: رَجَع بنِصف العِوَضِ؛ اعتِبارًا للجُزء بالكلِّ؛ وهذا لأنه إذا استُحِقَّ الْمَوهوبُ يَرجِعُ بالعِوَض؛ لأنه لم يَبقَ له بمُقابَلة هِبَتِه شيءٌ، فكان له أن يَرجِعَ في العِوَض، فإذا استُحِقَّ نِصفُ الهِبةِ لم يَسلَم له ما يُقابِلُ نِصفَه، فيَرجِعُ بنِصفه.

وإن استُحِقَّ نِصفُ العِوَضِ: لم يَرجع في الهِبة، إلا أن يَرُدَّ ما بَقِي من العِوَض، ثم يَرجِعَ في الهِبة.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا استُحِقَّ نِصفُ العِوَضِ له أن يَرجِعَ في نِصف الهِبةِ؛ اعتبارًا للجُزء بالكلّ، واعتِبارًا للعِوَض بالهِبة، فإنه لو استُحِقَّ نِصفُ الهِبةِ له أن يَرجِعَ في نِصف العِوَضِ، فكذا إذا استُحِقَّ نِصفُ العِوَضِ له أن يَرجِعَ في نِصف[1] الهِبةِ.

وهذا لأن كلَّ واحِدٍ منهما صار مُقابَلًا بالآخَر، كبَيع العَرْضِ بالعرْض[2]، فإذا[3] استُحِقَّ نِصفُ أحَدِهما يَكونُ للمُستحَقِّ عليه أن يَرجِعَ على صاحِبه بنِصف ما يُقابِلُه.

ولنا: أن المُستحَقَّ خَرَج من أن يَكونَ عِوَضًا، وصار كأن لم يكن، وما بَقِي يَصلُحُ عِوَضًا عن الكلِّ ابتِداءً، ولو عَوَّضه ابتِداءً بهذا النِّصفِ لم يَرجع في شيءٍ من الهِبة، فكذا هنا، وإنما تَمكَّن الخلَلُ في رِضا الواهِبِ به[4]، فكان تأثيرُه في إثبات الخِيارِ له، فإن شاء رَدَّ ما بَقِي ورَجَع؛ لأنه إنما رَضِي بسُقوط حقِّه في الرُّجوع ليَسلَمَ له كلُّ العِوَضِ، ولم يَسلَم، وإن شاء أمسَك ما بَقِي ولم يَرجع بشيءٍ.

وحاصِلُ الفرقِ بينَ استِحقاقِ نِصفِ الهِبةِ ونِصفِ العِوَضِ: أن الْمُعوِّضَ ما مَلَّكه العِوَضَ إلا جَزاءً، فيُعتبَرُ حُكمُ الْمُقابَلةِ في حقِّه، فإذا استُحِقَّ نِصفُ الهِبةِ رَجَع بنِصف العِوَضِ؛ تَحقيقًا للمُقابَلة، فأما الواهِبُ: فمَلَّكه ابتِداءً من غَير أن يُقابِلَه شيءٌ، فلم يُعتبَر في حقِّه حُكمُ الْمُقابَلةِ، ثم تأثيرُ العِوَضِ في إسقاط[5] حقِّه في الرُّجوع، والجُزءُ من

(١) في (د): بنصف.

(٢) في (هـ): العوض بالعوض.

(٣) في (ب): فكذا إذا.

(٤) في (د): له.

(٥) في (د): إثبات.

العِوَض في ذلك بمَنزِلة الكلِّ إذا تَمَّ رِضاه به.

ولأن للعِوَض شَبَهَ ابتِداءِ الهِبةِ من حيث إن الْمُعوِّض مُختارٌ فيه مُتبرِّعٌ، وشَبَهَ الْمُبادَلةِ من حيث إنه مَلَّكه مُضافًا إلى الهِبة، فلشَبَهه بالْمُبادَلات إذا استُحِقَّ الكلُّ رَجع في الهِبة، ولشَبَهه بابتِداء الهِبةِ إذا استُحِقَّ النِّصفُ لا يَرجِعُ في شيءٍ من الهِبة، إلا أن يَرُدَّ ما بَقِي.

ولو وَهَب دارًا، فعَوَّضه عن نِصفها: له أن يَرجِعَ في النِّصف الذي لم يُعوَّض؛ لأن الرُّجوعَ حقٌّ ثابِتٌ في كلِّ جُزءٍ منه، والتَّعويضَ مانِعٌ، فإذا وُجِد المانِعُ في النِّصف يَمتنِعُ بقَدْره.

والزِّيادةُ الْمُتَّصِلةُ، كغَرْسٍ، وبِناءٍ، وسِمَنٍ، فلو ادَّعاه صُدِّق الواهِبُ.

وثانِيها: الزِّيادةُ الْمُتَّصِلةُ، كالغَرْس، والبِناءِ، والسِّمَنِ؛ لأن الرُّجوعَ إنما يَصِحُّ في الْمَوهوب، والزِّيادةُ ليست بمَوهوبةٍ، فلم يَصِحَّ الرُّجوعُ فيها، والفصلُ غيرُ مُمكِنٍ ليَرجِعَ في الأَصل دونَ الزِّيادةِ، فامتَنَع الرُّجوعُ أصلًا.

ولا يُقالُ: حقُّ الرُّجوعِ ثابِتٌ في الأَصل، فيَسري إلى أَوصافه: لأن ثُبوتَ الحُكمِ في التَّبَع بثُبوته في الأَصل؛ لأنه عَرَضٌ قائِمٌ بالواهِب، وليس بوصفٍ للمحَلِّ.

ولا يُقالُ: الْمِلكُ لا بوَصف[1] اللُّزومِ من أَوصاف الأَصلِ: لأن العدَمَ ليس بشيءٍ حتى يُعَدَّ من أَوصافه.

فإن وَهَب لآخرَ أرضًا بَيضاءَ، فأنبَت الْمَوهوبُ له في ناحِيةٍ منها[2] نخلًا، أو بَنى بِناءً[3]، أو دُكّانًا، ....

(١) في (د): الملك بالوصف.

(٢) في (ب) و(د): فيها.

(٣) في (ج): بيتًا.

أو آريًّا[1]، وكان ذلك زِيادةً فيها: فليس له أن يَرجِعَ في شيءٍ منها.

أما في مَوضِع البِناءِ والنَّخلِ: فلأن البِناءَ أو النَّخلَ زِيادةٌ مُتَّصِلةٌ بالْمَوهوب، إلا أنها غيرُ مُتولِّدةٍ من الأَصل، والْمَعنى الذي لأَجله امتَنَع الرُّجوعُ في الزِّيادة الْمُتَّصِلةِ الْمُتولِّدةِ مَوجودٌ في غَير الْمُتولِّدةِ، إذا كانت مُتَّصِلةً، فيَمتنِعُ الرُّجوعُ.

وأما في الباقِي: فلأن البِناءَ والنَّخلَ في ناحِيةٍ من الأَرض يُعَدُّ زِيادةً في الكلّ؛ ألا تَرى أنه تَزدادُ به مالِيّةُ الكلِّ.

وقولُه: (وكان ذلك زِيادةً فيها) أي هذا إذا بَنى ما يُعَدُّ زِيادةً، فإن كان لا يُعَدُّ زِيادةً، أو يُعَدُّ نُقصانًا: فإنه لا[2] يَمنَعُ الرُّجوعَ؛ لعَدَم المانِعِ، وهو زِيادةُ مالِيّةِ الْمَوهوبِ بزِيادةٍ في عَينه، حتى لو بَنى دُكّانًا صَغيرًا بحيث لا يُعَدُّ زِيادةً أصلًا فلا عِبرةَ به.

وإن كانت الأرضُ عَظيمةً: لا يُعَدُّ ذلك زِيادةً في الكلّ، وإنما يُعَدُّ زِيادةً في تلك القِطعةِ، فله أن يَرجِعَ في غَيرها.

ولو كانت الزِّيادةُ مُنفصِلةً، بأن كانت الهِبةُ أمةً، فوَلَدت عندَ الْمَوهوبِ له من زوجٍ أو فُجورٍ: فللواهِبِ أن يَرجِعَ فيها دونَ الوَلَدِ؛ لأن الرُّجوعَ في الأَصل دونَ الزِّيادةِ مُمكِنٌ.

وإن كانت الزِّيادةُ من سِعرٍ: فله أن يَرجِعَ عندَهم؛ لأن زِيادةَ السِّعرِ ليست بزِيادةٍ في عَين الْمَوهوبِ، وإنما هي زِيادةُ رَغبةِ النّاسِ فيه، والعَينُ بحالها كما كانت، فلا تَمنَعُ الرُّجوعَ.

---

(١) الآري في تقدير فاعول: هو محبِس الدابة، ويقال لها: الآخية أيضًا، والجمع الأواري، «المصباح» ١/ ١٢.

(٢) سقطت من (هـ).

وإذا وَهَب عبدًا، فعلَّمه القُرآنَ أو الحِرفةَ: لا يَرجِعُ في قَول أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه زِيادةٌ مَعنويّةٌ، فأشبَه زِيادةَ الجَمالِ والسِّمَنِ.

وفي قول زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرجِعُ[1]؛ لأنه لم تَزدَد حَقيقتُه[2]، وإنما ازدَاد رَغبةُ النّاسِ فيه، فصار كالسِّعر.

ولو ادَّعى الْمَوهوبُ له أنه سَمِن عِندي، وكَذَّبه الواهِبُ: فالقولُ للواهِب عندَنا؛ لأنه يَدَّعي لُزومَ العقدِ، وهو يُنكِرُ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: القولُ للمَوهوب له؛ لأنه يُنكِرُ حقَّ الواهِبِ في الزِّيادة الحادِثةِ فيها[3].

ومَوتُ أحَدِهما.

وثالِثُها: موتُ أحدِ العاقِدَين.

أما إذا مات الْمَوهوبُ له: فلأن الْمِلكَ قد انتقَل إلى الوَرَثة، فصار كأنه انتقَل إليهم في حال حَياتِه.

وأما إذا مات الواهِبُ: فلأن الوارِثَ لم يُوجِب الْمِلكَ له، فلا يَكونُ له حقُّ الرُّجوعِ، والنَّصُّ إنما أوجَب حقَّ الرُّجوعِ للواهِب، وهو ليس بواهِبٍ.

ولأنه ربما كان غرَضُ الواهِبِ إظهارَ الجُودِ والسَّخاءِ، ورُجوعُ الوارِثِ يُبطِلُ عليه ذلك.

والخُروجُ عن مِلكه، كعَجز مُكاتَبٍ(س) وُهِب له.

---

(١) في (هـ): وفي قول زفر رَحِمَهُ اللَّهُ لا.

(٢) في (د) و(هـ): يزدد حقيقة.

(٣) في (أ): به.

ورابِعُها: خُروجُ الهِبةِ عن مِلك الْمَوهوبِ له؛ لأنه حَصَل بتَسليطه، وسعيُ الإنسانِ في نَقض ما تَمَّ منه مَردودٌ.

ولأن تَبدُّلَ الْمِلكِ كتَبدُّل العَينِ، وقد تَبدَّل الْمِلكُ بتَجدُّد السَّبَبِ.

وإن وَهَب لِمُكاتَبٍ رَجُلٌ هِبةً، ثم عَجَز الْمُكاتَبُ: فليس له أن يَرجِعَ فيها عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن هذه هِبةٌ للمُكاتَب حَقيقةً، ولهذا كان حقُّ القَبولِ للمُكاتَب، وكان مِلكًا للمُكاتَب يَتصرَّفُ فيه تَصرُّفَ الْمُلّاكِ، وبالعَجز انتقَل مِلكُه إلى مَولاه، فصار كانتِقاله إلى إنسانٍ آخرَ، فيَبطُلُ حقُّ الرُّجوعِ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أن يَرجِعَ فيها؛ لأن الهِبةَ وَقَعت للمُكاتَب من وجهٍ، ولِمَولاه من وجهٍ، وبالعَتق تَصيرُ مِلكًا له من كلِّ وجهٍ، وبالعَجز مِلكًا لسَيِّده من كلِّ وجهٍ، ثم إذا أُعتِقَ له أن يَرجِعَ فيها، فكذا إذا عَجَز.

وببَيع نِصفِها: رَجَع في النِّصف، كعَدَم بيعِ شيءٍ.

ولو وَهَب دارًا، وقَبَضها الْمَوهوبُ له، ثم باع نِصفَها: فللواهِب أن يَرجِعَ في الباقِي؛ لأن المانِعَ عن الرُّجوع في البَعض، فامتَنَع الرُّجوعُ فيه دونَ ما سِواه.

وإن لم يَبِع شيئًا منها: له أن يَرجِعَ في نِصفها؛ لأن له الرُّجوعَ في كلِّها، فأَولى أن يَكونَ له الرُّجوعُ في نِصفها.

والْمَحرَميَّةُ بالرَّحِم، فلو وَهَب لِقِنِّ أخيه(س م)، أو لأخيه[1] القِنِّ: رَجَع.

وخامِسُها: الْمَحرَميَّةُ بالرَّحِم؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إذا كانت الهِبةُ لذي رَحِمٍ مَحرَمٍ لم يَرجِع فيها»[2]، ولأن الْمَقصودَ قد حَصَل، وهو صِلةُ الرَّحِمِ؛ لأن الصِّلةَ واجِبةٌ

(١) في (م): أخيه أو لأبيه.

(٢) رواه الحاكم (٢٣٢٤).

في الْمَحارِمِ.

وكُلُّ عقدٍ أَفاد مَقصودَه يَلزَمُ، فلو وَهَب لِقِنِّ أَخِيه أو لأَخِيه القِنِّ: يَرجِعُ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَرجِعُ في الأُولى؛ لأن الْمِلكَ يَقَعُ لِمَولاه، وهو أَخُوه.

وله: أن الهِبةَ تَقَعُ للمَولى من وجهٍ، وهو مِلكُ الرَّقَبةِ، وللعَبد من وجهٍ، وهو مِلكُ اليدِ[1]؛ ألا تَرى أنه أحقُّ به ما لم يَفضُل عن حاجته، فلو اعتبَرنا أحدَ الجانِبَين يَلزَمُ، ولو اعتبَرنا الجانِبَ الآخرَ لا يَلزَمُ، فلا يَلزَمُ بالشَّكِّ في الْمَسألَتَين.

والزَّوجيّةُ، فلو وَهَب، فنكَح: رَجَع، وبعَكسه لا.

وسادِسُها: الزَّوجيّةُ؛ لأنها نَظيرُ القَرابةِ القَريبةِ في التَّواصُل؛ بدَليل جَرَيانِ التَّوارُثِ بينَهما بلا حجبٍ، وبُطلانِ الشَّهادةِ، فكان الْمَقصودُ الصِّلةَ، وقد حَصَل.

وإنما يُنظَرُ إلى هذا الْمَقصودِ وقتَ الهِبةِ، حتى لو وَهَب لامرَأةٍ ثم نكَحها: له أن يَرجِعَ فيها، ولو وَهَب لامرَأته هِبةً، ثم أَبانها: فليس له أن يَرجِعَ فيها؛ لأن الهِبةَ لَمّا كانت في حال قِيامِ الزَّوجيّةِ عُلِم أنه لم يكن مَقصودُه العِوَضَ، فلهذا لا يَرجِعُ فيها، ولَمّا وَهَب لها حينَ كانت أجنَبيّةً عُلِم أن مَقصودَه العِوَضُ، ولم يَنَل ذلك، فله أن يَرجِعَ فيها.

والهَلاكُ، فلو ادَّعاه صُدِّق.

وسابِعُها: هَلاكُ الْمَوهوبِ؛ لتعذُّر الرُّجوعِ بعدَه، فلو ادَّعى الْمَوهوبُ له الهَلاكَ صُدِّق بلا خِلافٍ.

ويَجمَعُ الكلَّ (دَمْعٌ خَزَقَهْ)، فالدّالُ: الزِّيادةُ، والميمُ: موتُ أَحَدِهما، والعينُ:

---

(١) في (د): المولى.

العِوَض، والخاءُ: الخُروجُ عن مِلك الْمَوهوبِ له، والزّايُ: الزَّوجيّةُ، والقافُ: القَرابةُ، والهاءُ: هَلاكُ الْمَوهوبِ.

وإنما يَرجِعُ بِرِضاءٍ أو قَضاءٍ، فإن تَلِف، فاستُحِقّ: لم يَرجع على الواهِب بما ضَمِن.

وإنما يَصِحُّ الرُّجوعُ بالرِّضاء أو بالقَضاء: لأن الرُّجوعَ في الهِبة[1] مُختلَفٌ فيه بينَ العُلَماءِ، فمنهم من رَأى، ومنهم من أَبى، وفي أَصله وَهاءٌ؛ لأن الواهِبَ إن كان يُطالِبُ بحقِّه فالْمَوهوبُ له يَمنَعُ تَملُّكَه، وفي حُصول الْمَقصودِ وعدَمِه خَفاءٌ، فمن الجائِز أن يَكونَ مُرادُه الثَّوابَ والتَّحبُّبَ[2]، وعلى هذا: لا يَرجِعُ؛ لحُصول مَقصودِه، ومن الجائِز أن يَكونَ مُرادُه العِوَض، وعلى هذا: يَرجِعُ، فلا بُدَّ من الفَصل بالرِّضاء أو القَضاءِ.

ولأن الرُّجوعَ فسخُ العقدِ، فلا يَصِحُّ إلا ممن له وِلايةٌ عامّةٌ، وهو القاضِي، أو منهما؛ لوِلايتهما على أنفُسهما، كالرَّدِّ بالعَيب بعدَ القبضِ.

ولو كانت الهِبةُ عبدًا، فباعه الْمَوهوبُ له أو أعتَقه قبلَ أن يَقضيَ به القاضِي للواهِب: نَفَذ ما صَنَع الْمَوهوبُ له؛ لأنه لا يَزولُ عن مِلكه إلا بالقَضاء، ولو مَنَعه بعدَ الرُّجوعِ قبلَ القَضاءِ، فهَلَك: لم يَضمَن؛ لقِيام مِلكِه فيه.

وكذا إذا هَلَك في يَده بعدَ القَضاءِ لم يَضمَن؛ لأن أصلَ قبضِه لم يكن مُوجِبًا ضَمانَ الْمَقبوضِ عليه، وهذا دَوامٌ عليه، واستِدامةُ الشَّيءِ مُعتبَرةٌ بأَصله، إلا أن يَمنَعَه بعدَ القَضاء وقد طَلَب منه الواهِبُ؛ لأن المنعَ بعدَ الطَّلَبِ يُوجِبُ الضَّمانَ في الأَمانات، وإذا رَجَع بالقَضاء أو بالرِّضاء يَكونُ فسخًا من الأَصل، فيَعودُ الْمِلكُ القَديمُ، حتى لا يُشترَطُ قبضُ الواهِبِ؛ لأن القبضَ إنما يُعتبَرُ في انتِقال الْمِلكِ لا في عَود الْمِلكِ القَديمِ.

---

(١) في (هـ): بالهبة.

(٢) في (هـ): الثواب في الجنة.

ويَصِحُّ في الشّائِع؛ لِما بيَّنّا.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الرُّجوعُ بغَير قَضاءٍ بمَنزِلة الهِبةِ الْمُبتدأةِ؛ لعَود[1] الْمِلكِ إليه بتَراضِيهما، فيُعتبرُ عقدًا جَديدًا في حقِّ ثالِثٍ.

ولنا: أن عقدَ الهِبةِ وَقَع جائِزًا مُوجِبًا حقَّ الفسخِ، فكان بالفَسخ مُستوفِيًا حقًّا ثابِتًا له، فيَظهَرُ على الإِطلاق؛ لأن استِيفاءَ الحقِّ لا يَتوقَّفُ على القَضاء.

بخِلاف الرَّدِّ بالعَيب بعدَ القبضِ إذا كان بغَير قَضاءٍ؛ فإنه يُعتبرُ عقدًا جَديدًا في حقِّ الثّالثِ؛ لأن الْمُشتريَ لا حقَّ له في الفَسخ، وإنما حقُّه في صِفة السَّلامةِ، فإذا لم يكن سَليمًا وفات الْمَشروطُ كان له ألا يَرضى، فيَثبُتُ حقُّ الفسخِ ضَرورةً، فيَتوقَّفُ لُزومُ مُوجَبِ الفسخِ في حقِّ الثّالثِ على القَضاء.

فإن تَلِفت العَينُ الْمَوهوبةُ، فاستَحقَّها مُستحِقٌّ، وضَمَّن الْمَوهوبَ له: لم يَرجِع على الواهِب بشيءٍ؛ لأنها عقدُ تَبرُّعٍ، فلا تُستحَقُّ فيه السَّلامةُ، بخِلاف الْمُعاوَضاتِ، وهو غيرُ[2] عامِلٍ له في القَبض، فلا يَرجِعُ.

بخِلاف الْمُودَعِ إذا هَلَكت الوَديعةُ في يَده، فاستَحقَّها مُستحِقٌّ، وضَمَّنه؛ فإنه يَرجِعُ على الْمُودِعِ؛ لأن الْمُودَعَ عامِلٌ للمُودِعِ في الحِفظ، والغُرورُ سبَبُ الرُّجوعِ في ضِمن الْمُعاوَضاتِ، لا في التَّبرُّعات.

والهِبةُ بشَرط العِوَضِ: هِبةٌ ابتِداءً(ف)، فتَبطُلُ بالشُّيوع، وعَدَمِ القبضِ.، ولا يَهَبُ(م) مالَ طِفلِه بشَرط العِوَضِ.

بيعٌ انتِهاءً، فرَدَّ بعَيبٍ، ورُؤيةٍ، وأخذ بشُفعةٍ.

(١) في (ب): ويعود.

(٢) سقطت من (هـ).

والهِبةُ بشَرط العِوَضِ، بأن يَهَبَ عبدَه لرَجُلٍ على أن يَهَبَ الْمَوهوبُ له عبدَه له: هِبةٌ ابتِداءً، حتى يَبطُلُ بالشُّيوع وعدَمِ القبضِ.

ولو وَهَب الأبُ مالَ طِفلِه بشَرط العِوَضِ لم يَجُز عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَااللَّهُ؛ لأنه تَبرُّعٌ ابتِداءً، وهو لا يَملِكُ التَّبرُّعَ بماله، وجاز عندَ محمدٍ رَحِمَهُاللَّهُ؛ لأنه بيعٌ مَعنًى بيعٌ انتِهاءً، حتى لو تَقابَضا[1] صَحَّ العقدُ، وصار في حُكم البيعِ، فيُرَدُّ بالعَيب وخِيارِ الرُّؤيةِ، وتَجِبُ به الشُّفعةُ في العَقار.

وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَااللَّهُ: يَنعقِدُ بيعًا ابتِداءً وانتِهاءً، حتى يَثبُتُ الْمِلكُ بمُجرَّد العقدِ، ولا يُبطِلُه الشُّيوعُ؛ لأن هذا التَّصرُّفَ مُعاوَضةٌ مَعنًى، وإن كان تَبرُّعًا لفظًا، فكان بيعًا، كقَوله: (وَهَبتُ هذا لك بكذا)، أو (مَلَّكتك هذا بكذا).

وهذا لأن شرطَ العِوَضِ يُنافِي التَّبرُّعاتِ، ويَختصُّ بالْمُعاوَضات، والعِبرةُ في العُقود للمَعاني لا للألفاظ؛ ألا تَرى أن الكَفالةَ بشَرط بَراءةِ الأصيلِ حَوالةٌ، والحَوالةَ بشَرط مُطالَبةِ الأصيلِ كَفالةٌ، وأنه لو وَهَب ابنتَه لرَجُلٍ يَكونُ نِكاحًا، ولو وَهَب امرَأتَه لنَفسها يَكونُ طَلاقًا، ولو وَهَب عبدَه لنَفسه كان إعتاقًا، ولو وَهَب الدَّينَ لمن عليه الدَّينُ كان إبراءً، فاللَّفظُ واحِدٌ، واختَلَفت العُقودُ لاختِلاف الْمَعنى والْمَقصودِ.

ولنا: أن ما اشتَمَل على جِهَتَين يَجِبُ الجمعُ بينَهما ما أمكَن؛ تَوفيرًا على الشَّبَهَين حظَّهما، كالإقالة لَمّا اشتَمَلت على مَعنى البيعِ والفسخِ جَمَعنا بينَهما، وقد أمكَن هنا الجمعُ بينَهما، بأن يُعتبَرَ هِبةً ابتِداءً اعتِبارًا للَّفظ، وبيعًا انتِهاءً اعتِبارًا للمَعنى، كالهِبة في المَرَض هِبةٌ ابتِداءً اعتِبارًا للَّفظ، حتى يَبطُلُ بعَدَم القبضِ وبالشُّيوع، ووَصِيّةٌ انتِهاءً اعتِبارًا للمَعنى، حتى اعتُبِر من الثُّلُث.

---

(١) في (هـ): تقايضا، وفي سوى (ب) غير منقوطة.

وهذا لأن اللَّفظَ قالَبُ[1] الْمَعنى، فلا بُدَّ من اعتِباره، إلا إذا تَعذَّر الجمعُ للمُنافاة، كما فيما ذَكَرا من الْمَسائِل، فوَجَب اعتِبارُ الْمَعنى، وسَقَط اعتِبارُ اللَّفظِ؛ تَرجيحًا للمَعنى عليه، ولا مُنافاةَ ههنا.

فإن قِيل: قد تَحقَّقت الْمُنافاةُ هنا؛ لأن قضِيّةَ البيعِ اللُّزومُ وتَرتُّبُ الْمِلكِ عليه بلا فصلٍ، وحُكمَ الهِبةِ على عَكسه، وتَنافِي اللّازِمَين مُستلزِمٌ لتَنافِي الْمَلزومَين، فتَتحقَّقُ الْمُنافاةُ بينَ البيعِ والهِبةِ ضَرورةً.

قُلنا: البيعُ قد يَكونُ غيرَ لازِمٍ، كالبَيع بالخِيار، وقد لا يَترتَّبُ الْمِلكُ عليه، كما في البَيع الفاسِدِ؛ لتَوقُّفه على وُجود القبضِ، فلم يكن اللُّزومُ والتَّرتُّبُ من لَوازِمه ضَرورةً، والهِبةُ قد تَقَعُ لازِمةً، كهِبة القَريبِ وغيرِه، وقد يَترتَّبُ الْمِلكُ عليها بلا فصلٍ، كما لو كانت الهِبةُ في يَد الْمَوهوبِ له، فلم يكن عدَمُ اللُّزومِ وعدَمُ التَّرتُّبِ من لَوازِمها ضَرورةً.

على أن الْمُستحيلَ الجمعُ بينَ الْمُتنافِيَين في حالةٍ واحِدةٍ، فأما إذا جَعَلناها هِبةً ابتِداءً وبيعًا انتِهاءً: فلا.

وهذا بخِلاف بيعِ العبدِ من نَفسه؛ لأنه لا يُمكِنُ فيه تَحقيقُ البيعِ والإعتاقِ؛ لأنه لا يَحتمِلُ مَعنى البيعِ بوجهٍ ما؛ إذ العبدُ لا يَصلُحُ مالِكًا لنَفسه؛ لأنه لا يُملِّكُ غيرَه مالًا، فكيف يُملِّكُ نفسَه؟!

---

(١) في (هـ): قابل.

فَصْلٌ فِي الاِسْتِثْنَاءِ وَالتَّعْلِيقِ وَالصَّدَقَةِ وَغَيْرِهَا

وَهَب أمةً إلا حَمْلَها، أو على أن يَرُدَّها، أو يُعتِقَها، أو يُولِدَها، أو دارًا على أن يَرُدَّ، أو يُعوِّضَ شيئًا منها: صَحَّت الهِبةُ وبَطَل الاستِثناءُ والشَّرطُ.

ومن وَهَب أمةً إلا حَمْلَها صَحَّت الهِبةُ في الأُمِّ[1] والولَدِ، وبَطَل الاستِثناءُ.

اعلَم أن استِثناءَ ما في البَطن يَنقسِمُ ثَلاثةَ أقسامٍ:

في قِسمٍ يَجوزُ التَّصرُّفُ ويَبطُلُ الاستِثناءُ، كالهِبة، والنِّكاحِ، والخُلعِ، والصُّلحِ عن دَم العمدِ؛ لأن الاستِثناءَ لا يَعمَلُ إلا في المحَلِّ الذي يَعمَلُ فيه العقدُ، فإذا لم يَصِحَّ عقدُ الهِبةِ على ما في البَطن -لكَونه وصفًا على ما مَرَّ في البُيوع[2]- لم يكن محَلًّا للاستِثناء، فكان هذا شرطًا فاسِدًا.

والهِبةُ ونحوُها لا تَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ، بل العقدُ يَصِحُّ، والشَّرطُ يَبطُلُ؛ لأن المِلكَ في الهِبة مُعلَّقٌ بفِعلٍ حِسِّيٍّ، وهو القبضُ، والفِعلُ الحِسِّيُّ لا يَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ، وإنما الشَّرطُ الفاسِدُ يُؤثِّرُ في العُقود الشَّرعيّةِ؛ لأن الحِسِّيّاتِ إذا وُجِدت لا مَرَدَّ لها، فلا يُمكِنُ أن تُجعَلَ عدَمًا.

وفي قِسمٍ لا يَجوزُ أصلُ التَّصرُّفِ، كالبَيع، والإجارةِ، والرَّهنِ؛ لأن هذه العُقودَ

---

(١) في (ج) و(هـ): الأمة.

(٢) في (ب): الشيوع، وفي (د): التبرع.

تَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ[1] على ما عُرِف، فكذا باستِثناء الحَمْلِ.

وفي قِسمٍ يَجوزُ التَّصرُّفُ والاستِثناءُ جَميعًا، كالوَصِيّة؛ لأن إفرادَ الحَمْلِ بالوَصِيّة جائِزٌ، فكذا استِثناؤُه.

ولو أعتَق ما في بَطنها، ثم وَهَبها: جازت الهِبةُ في الأُمّ، ولو دَبَّر ما في بَطنها، ثم وَهَب الأُمَّ: لم يَجُز.

والفرقُ: أن التَّدبيرَ لا يُزيلُ مِلكَ الْمُدبِّرِ، والْمَوهوبُ مُتَّصِلٌ بما ليس بمَوهوبٍ في مِلك الواهِبِ، فصار كهِبة الْمُشاعِ فيما يُقسَمُ، أو كهِبة شيءٍ هو مَشغولٌ بمِلك الواهِبِ، فلم يَجُز، فأما الإعتاقُ: فيُزيلُ مِلكَ الْمُعتِقِ.

فإذا وَهَب الأُمَّ بعدَ إعتاقِ الجَنينِ فالْمَوهوبُ غيرُ مُتَّصِلٍ بما ليس بمَوهوبٍ في مِلك الواهِبِ، فهو كما لو وَهَب أرضًا وفيها ابنُ الواهِبِ واقِفٌ، وسَلَّمها إلى الْمَوهوب له، فإن الهِبةَ تَتِمُّ، كذا هنا.

وشَبَّه[2] الإعتاقَ بالاستِثناء في «الهِداية» من حيث إن الهِبةَ تَصِحُّ في الأَمة، كما في فَصل الاستِثناءِ، ونَفى التَّشبيهَ في فَصل التَّدبيرِ من حيث إن الهِبةَ لا تَصِحُّ في الأَمة؛ لأن تَدبيرَ الولَدِ مانِعٌ، فلم يكن نَظيرَ الاستِثناءِ.

وإن وَهَب لرَجُلٍ أمةً على أن يَرُدَّها عليه، أو على أن يُعتِقَها، أو على أن يَستولِدَها، أو وَهَب له دارًا، أو تَصدَّق عليه بدارٍ على أن يَرُدَّ عليه شيئًا منها، أو يُعوِّضَه شيئًا منها: فالهِبةُ جائِزةٌ، والشَّرطُ باطِلٌ.

أما بُطلانُ الشُّروطِ: فلمُخالَفتها مُوجَبَ العقدِ، وأما جَوازُ الهِبةِ: فلأنها لا تَبطُلُ

---

(١) سقطت من (ج).

(٢) في (ج): مشبه.

بالشَّرط الفاسِدِ[1].

وأصلُه: أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز العُمْرَى، وأبطَل شرطَ الْمُعمِرِ[2]، والعُمْرَى: تَمليكٌ بطَريق الهِبةِ بشَرط الرَّدِّ عليه متى مات الْمُعمِرُ؛ لأن مَعنى العُمْرَى أن يَقولَ: (مَلَّكتُك هذه الدَّارَ ما دُمتَ حيًّا -أو عُمُرَك- فإذا مِتَّ فهي لي).

بخِلاف البيعِ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بيعٍ وشرطٍ[3]، ولأن الشَّرطَ الفاسِدَ في مَعنى الرِّبا على ما مَرَّ في البُيوع، فيَعمَلُ في الْمُعاوَضات لا في التَّبرُّعات.

---

(١) في (ج) و(د): بالشروط الفاسدة.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٢٧: قال البخاري (٢٦٢٥) ومسلم (١٦٢٥) عن أبي سلمة عن جابر: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يقول: «العمرى لمن وهبت له». انتهى، أخرجه مسلم عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فإنه من أعمر عمرى فإنها للذي أعمرها حيًّا ومَيتًا ولعقبه». انتهى، وأخرج أيضًا عن أبي الزبير عن جابر قال: أعمَرَت امرأة بالمدينة حائطًا لها ابنًا لها، ثم توفي وتوفيت بعده، وترك ولدًا له، وله إخوة بنون للمعمِرة، فقال ولد المعمِرة: رجع الحائط إلينا، وقال بنو المعمر: بل كان لأبينا حياته وموته، فاختصموا إلى طارق مولى عثمان، فدعا جابرًا، فشهد على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالعمرى لصاحبها، فقضى بذلك طارق، ثم كتب إلى عبد الملك فأخبره بذلك وأخبره بشهادة جابر، فقال عبد الملك: صدق جابر، فأمضى ذلك طارق، فإن ذلك الحائط لبني المعمّر حتى اليوم. انتهى، وأخرجه أبو داود والنسائي عن عروة عن جابر: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من أعمر عمرى فهي له ولعقبه، يرثها من يرث من عقبه». انتهى. وأخرجه أبو داود عن طارق المكي عن جابر بن عبد الله قال: قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في امرأة من الأنصار أعطاها ابنها حديقة من نخل، فماتت، فقال ابنها: إنما أعطيتها حياتها وله إخوة، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «هي لها حياتها وموتها»، قال: كنت تصدقت بها عليها، قال: «ذلك أبعد لك منها»... إلخ.

(٣) رواه الإمام أبو حنيفة في «مسنده» رواية أبي نعيم ص١٦٠، والطبراني في «الأوسط» (٤٣٦١)، والحاكم في «معرفة علوم الحديث» ص١٢٨، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٨.

قال لِمَديونه: (إذا جاء غدٌ فهو لك)، أو (برِئتَ)، أو (إن أدَّيتَ نِصفَه فلك نِصفُه)، أو (برِئتَ منه): بَطَل.

ومَن له على آخرَ ألفُ دِرهَمٍ، فقال: (إذا جاء غدٌ فهو لك) أو (أنت منه بَريءٌ)، أو قال: (إذا أدَّيتَ إليَّ النِّصفَ فلك نِصفُه) أو: (أنت بَريءٌ من النِّصف الباقِي): فهو باطِلٌ؛ لأن تَمليكَ الدَّينِ تَمليكٌ فيه مَعنى الإسقاطِ، وإبراءَ الدَّينِ إسقاطٌ فيه مَعنى التَّمليكِ، فصار كلُّ واحِدٍ منهما تَمليكًا من وجهٍ وإسقاطًا من وجهٍ.

وهذا لأن الدَّينَ مالٌ بالنَّظَر إلى الْمَآل، حتى وَجَبت فيه الزَّكاةُ، ووصفٌ بالنَّظَر إلى الحال، حتى لا يَحنَثُ لو حَلَفَ أن لا مالَ له به، ولهذا يَرتدُّ بالرَّدّ، وهو آيةُ التَّمليكِ، وتَمَّ بلا قَبولٍ، وهي أمارةُ الإسقاطِ، والتَّعليقُ بالشَّرط مَشروعٌ في الإسقاطات الْمَحْضةِ دونَ ما فيه مَعنى التَّمليكِ.

وصحَّ العُمْرى للمُعمَر في حَياته، وبعدَه لورَثته، لا الرُّقبى(س)[1]، والحَبيسُ(س)[2].

وصَحَّ العُمْرى للمُعمَر حالَ حَياتِه، ولورَثته من بَعده.

ولو قال: (داري لك رُقْبى) أو (حَبيسٌ): فهو باطِلٌ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ، خِلافًا لأبي يوسف رَحِمَهُاللَّهُ.

(١) الرقبى: هو أن يقول: إن مِتُّ قبلك فهي لك، وإن مت قبلي رَجَعت إلي، كأن كل واحد منهما يراقب موت الآخر وينتظره. «التعريفات» ص١١١.

(٢) الحبيس: الأرض الموقوفة، يقال: حَبَستُها ووقفتها بمعنى واحد، وأكثر الكلام حَبَست وأحبست. وأما الحُبُس التي قال شريح: جاء محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بإطلاقها: فهي المحرمات التي كان أهل الجاهلية يحرمونها، وقد أحلها الله عَزَّوَجَلَّ، وهي التي قال الله تعالى في إطلاقها: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِن بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [المائدة: ١٠٣]. «الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» ص١٧٣.

ويستعمل الحبيس في كل موقوف واحدًا كان أو جماعة. «المصباح» ١/ ١١٨.

والأصلُ: أن الشَّرطَ في الهِبة إن كان يَمنَعُ ثُبوتَ الْمِلكِ للحال يَمنَعُ صِحَّةَ الهِبةِ، وإن كان لا يَمنَعُ تَصِحُّ الهِبةُ، ويَبطُلُ الشَّرطُ.

ثم تَفسيرُ العُمْرى: أن يَقولَ: (جَعَلتُ هذه الدّارَ لك عُمُرَك، فإذا مِتَّ فهي ردٌّ عليّ)، فتَصِحُّ الهِبةُ؛ لأن هذا الشَّرطَ لا يَمنَعُ أصلَ التَّمليكِ.

وتَفسيرُ الحَبيسِ: أن يَقولَ: (هي حَبيسٌ عِندي، فإن مِتُّ فهي لك).

وتَفسيرُ الرُّقْبى: أن يَقولَ: (هذه الدّارُ لآخِرنا موتًا)، وهي من الْمُراقَبة؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يَرقُبُ موتَ صاحِبِه، كأنه يَقولُ: (أُراقِبُ موتَك وتُراقِبُ مَوتي، فإن مِتُّ فهي لك، وإن مِتَّ فهي لي)، فهي باطِلةٌ؛ لأن هذا الشَّرطَ يَمنَعُ ثُبوتَ الْمِلكِ للحال، وقد صَحَّ أنه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أجاز العُمْرى ورَدَّ الرُّقْبى[1].

---

(١) قال في «التعريف والإخبار» ٢/ ٤٥٧: قال المخرجون: لم نجده. قلت: قد أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» (٣/ ٣٩٧) بهذا اللفظ، والله أعلم. انتهى.

وقال في «نصب الراية» ٤/ ١٢٨: غريب، ومذهب أحمد كقول أبي يوسف في جواز الرقبى؛ قياسًا على العمرى، واستدل لهما ابن الجوزي في «التحقيق» بأحاديث:

منها: ما أخرجه النسائي (٣٧٣٢)، وابن ماجه (٢٣٨٢) عن عطاء عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن عمر مرفوعًا: «لا عمرى ولا رقبى، فمن أعمر شيئًا أو أرقبه، فهو له حياته ومماته». انتهى، وصحح الترمذي في «كتابه» حديثًا من رواية حبيب عن ابن عمر، وهو حديث: «بني الإسلام على خمس»، وفيه اختلاف بيَّنه الدارقطني في «علله» (٢٦٧٦) فقال: هذا حديث يرويه عطاء بن أبي رباح عن حبيب عن ابن عمر مرفوعًا كذلك، ورواه يزيد بن أبي زياد عن حبيب عن ابن عمر مرفوعًا في الرقبى دون العمرى، ورواه مسعر عن حبيب به في العمرى دون الرقبى، ورواه أيوب السختياني وعمرو بن دينار وكامل أبو العلاء عن حبيب به موقوفًا، وهو أشبه بالصواب. انتهى.

وبحديث أخرجه أبو داود (٣٥٥٦) والنسائي (٣٧٠٨) عن ابن جريج عن عطاء عن جابر عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا ترقبوا ولا تعمروا، فمن أعمر عمرى أو أرقب رقبى فهي سبيل الميراث». =

ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: ما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أجاز العُمْرى والرُّقْبى[1].

ولأن قولَه: (داري لك): تَمليكٌ صَحيحٌ، وقولَه: (حَبيسٌ) أو (رُقْبى): شرطٌ فاسِدٌ؛ لأنه شَرَط ردَّ الْمِلكِ عليه بعدَ الموتِ؛ لأن مَعناه: (مَلَّكتُك داري هذه، وهو مَحبوسٌ[2] عندَك، فإن مِتَّ فهي لي)، أو (أُراقِبُ موتَك لتَعودَ إليّ[3])، فيَكونُ بمَنزلِة العُمْرى.

وحاصِلُ الاختِلافِ بينَهم راجِعٌ إلى تَفسير الرُّقْبى، مع اتِّفاقِهم على أنها من الْمُراقَبة، فحَمَل أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ هذا اللَّفظَ على أنه تَمليكٌ للحال، والرُّجوعُ إلى

=انتهى، وأخرجه النسائي (٣٧٢٨) عن عبد الكريم عن عطاء مرسلًا، وأخرجه الأربعة عن أبي الزبير عن جابر، وفي سنده ومتنه اختلاف.

وبحديث أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وأحمد في «مسنده»، وابن حبان في «صحيحه» عن عمرو بن دينار عن طاووس عن حجر المدري عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أعمر شيئًا فهو لمعمره حياته ومماته، ولا ترقبوا، فمن أرقب شيئًا فهو سبيله». انتهى، وأخرجه النسائي عن ابن طاووس عن أبيه به، بلفظ: «العمرى للوارث»، وبلفظ: «العمرى جائزة».

وبحديث: أخرجه النسائي عن حجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن طاووس عن ابن عباس مرفوعًا: «من أعمر عمرى فهي لمن أعمرها جائزة، ومن أرقب رقبى فهي لمن أرقبها جائزة». وفيه اختلاف ذكره النسائي في «سننه».

(١) قال في «التعريف والإخبار» ٢/ ٤٦٣: أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» (٣/ ٣٩٦) بلفظ: «الرقبى جائزة، والعمرى جائزة»، وقد تقدم من حديثه -أي جابر- أيضًا: «لا تعمروا ولا ترقبوا» عند أبي داود والنسائي، وأخرج النسائي وابن ماجه عن ابن عمر رفعه: «لا عمرى ولا رقبى، فمن أعمر شيئًا أو أرقبه فهو له حياته ومماته»، وفيه اختلاف بينه الدارقطني في «علله»، وأخرج النسائي مثله من حديث ابن عباس، وفيه اختلاف ذكره. انتهى.

(٢) في (ب): وهي محبوس، وفي (د): وهي محبوسة.

(٣) في (هـ): إلى ملكي.

الواهِب مُنتظَرٌ، فيَكونُ كالعُمْرى.

وقالا: الْمُراقَبةُ في نَفس التَّمليكِ على ما فَسَّرنا، فكان هذا تَعليقَ التَّمليكِ بالخَطَر، وهو موتُ الْمُملِّكِ قبلَه، وذا باطِلٌ، وإذا لم تَصِحَّ هِبةً عندَهما تكونُ عارِيّةً؛ لأنه أطلَقَ له الانتِفاعَ.

ولا رُجوعَ في صَدَقةٍ، ولو كالهِبة.

ولا رُجوعَ في الصَّدَقة، وإن كانت كالهِبة من حيث إنها لا تَصِحُّ إلا بالقَبض.

ولا تَصِحُّ في مُشاعٍ يَحتمِلُ القِسمةَ؛ لأنها تَبرُّعٌ، كالهِبة، إلا أن[1] وِلايةَ الرُّجوعِ في الهِبة لعَدَم حُصولِ الْمَقصودِ، وهنا الْمَطلوبُ بالصَّدَقة نيلُ الثَّوابِ، وقد حَصَل، فلا يَرجِعُ.

ولو تَصدَّق على غنيٍّ، أو وَهَب لفَقيرٍ: لا يَرجِعُ؛ اعتِبارًا للَّفظ في الْمَسألة الأُولى، وللمَعنى في الثّانية، وحقُّ الرُّجوعِ حقٌّ ضَعيفٌ، فإذا وَقَع الشَّكُّ في وِلاية الرُّجوعِ فلا يَرجِعُ بالشَّكِّ.

ومن نَذَر أن يَتصدَّقَ بماله أو بمِلكه: تَصدَّق بجِنس ما تَجِبُ فيه الزَّكاةُ، وقد مَرَّت في كِتاب القَضاءِ.

والعدلُ: التَّسويةُ(م) بينَ ابنِه[2] وبِنتِه.

والعدلُ: التَّسويةُ بينَ الابنِ والبِنتِ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «سَوُّوا بينَ أولادِكم حتى في القُبلة، ولو كُنتُ مُفضِّلًا أحدًا لفَضَّلتُ الإناثَ»[3].

(١) في سوى (أ) و(ج): لأن.

(٢) في (ع): أمه.

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وذكره من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ١٢/ ٥٦، وقال «التلخيص =

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن يُسوَّى بينَهما على سَبيل الإرثِ، للذَّكَر مِثلُ حظِّ الأُنثيين؛ اتِّباعًا للإرث.

= الحبير» ٣/ ١٥٧: حديث: «سووا بين أولادكم في العطية، فلو كنت مفضلًا أحدا لفضلت البنات»: الطبراني (١١٩٩٧) من حديث ابن عباس؛ إلا أنه قال: «النساء» بدل «البنات»، وفي إسناده سعيد بن يوسف، وهو ضعيف. وذكر ابن عدي في «الكامل» (٤/ ٤٢٩) أنه: لم يرو له أنكر من هذا.

فائدة: زاد القاضي حسين في هذا الحديث بعد قوله «العطية»: «حتى في القبل»، وهي زيادة منكرة. انتهى.

قلت: وروى ابن أبي شيبة (٣٠٩٩٥) عن أبي معشر عن إبراهيم قال: كانوا يستحبون أن يعدل الرجل بين ولده حتى في القُبَل.

وقال الترمذي ٣/ ٤٢ عقب رواية حديث النعمان بن بشير رضي الله تعالى عنه في التسوية في العطية: والعمل على هذا عند بعض أهل العلم، يستحبون التسوية بين الولد، حتى قال بعضهم: يسوي بين ولده حتى في القبلة، وقال بعضهم: يسوي بين ولده في النحل والعطية، يعني الذكر والأنثى سواء، وهو قول سفيان الثوري، وقال بعضهم: التسوية بين الولد أن يعطى الذكر مثل حظ الأنثيين مثل قسمة الميراث، وهو قول أحمد وإسحاق.

فصل في الهبة في المرض

الأصلُ: أن الهِبةَ بغَير عِوَضٍ مَشروطٍ تَبرُّعٌ ابتِداءً وانتِهاءً، وأثَرُ التَّعويضِ في بُطلان حقِّ الرُّجوعِ، وهِبةُ المَريضِ وصِيّةٌ تُعتبَرُ من الثُّلُث.

مَريضٌ وَهَب عبدًا قِيمتُه ثَلاثُمائةٍ، على أن يُعوِّضَه عبدًا قِيمتُه مِائةٌ، ومات: رَدَّ ثُلُثَه أو كلَّه، وأخَذ عبدَه.

مَريضٌ وَهَب عبدًا لصَحيحٍ قِيمتُه ثَلاثُمائةِ دِرهَمٍ على أن يُعوِّضَه عبدًا قِيمتُه مِائةٌ، وتَقابَضا، ومات ولا مالَ له غيرُه، ولم تُجِز الوَرَثةُ: فالْمَوهوبُ له يَرُدُّ على الوَرَثة ثُلُثَ العبدِ الْمَوهوبِ أو كلَّه، وأخَذ عبدَه؛ لأنه حابَى بمِائتَين، وثُلُثُ مالِه مِائةٌ، فإذا رَدَّ الثُّلُثَ سَلِم للوَرَثة العبدُ العِوَضُ وثُلُثُ الهِبةِ، وقِيمتُهما مِائتان، وللمَوهوب له ثُلُثا الهِبةِ، وقِيمتُه مِائتان، إلا أن مِائةً بعِوَضٍ، فتبقَى الوصِيّةُ بمِائةٍ، فاستَقام الثُّلُثُ والثُّلُثان.

ولو دارًا: أخَذ الشَّفيعُ بقِيمته، فإن مات خُيِّر، كما مرّ.

ولو وَهَب الْمَريضُ دارًا قِيمتُها ثَلاثُمائةٍ على أن يُعوِّضَه عبدًا قِيمتُه مِائةٌ، وتَقابَضا: فللشَّفيع أن يَأخُذَها بقِيمة العبدِ؛ لأن الهِبةَ بشَرط العِوَضِ بيعٌ عندَ التَّقابُضِ، فكان للشَّفيع أن يَأخُذَها بقِيمة العبدِ.

فإن مات وأبَى الوَرَثةُ الإجازةَ: خُيِّر الشَّفيعُ، كالْمَوهوب له، أي يَرُدُّ الشَّفيعُ ثُلُثَ الدّارِ أو كلَّ الدّارِ، وأخَذ عبدَه.

ولو لم يكن العِوَضُ مَشروطًا لا يَأخُذُ بالشُّفعة؛ لِما مَرّ.

ولو كُرًّا بكُرٍّ هكذا: رَدَّ كُرَّه[1] أو نِصفَه، وأخَذ كُرَّه أو نِصفه، ولو لم يَشرِط العِوَض: رَدَّ ثُلُثَه.

ولو وَهَب الْمَريضُ كُرَّ تمرٍ قِيمتُه ثَلاثُمائةٍ على أن يُعوِّضه الصَّحيحُ كُرَّ تمرٍ يُساوِي مِائةً، وتَقابَضا، ومات، ولم تُجِز الوَرَثةُ: رَدَّ كُرَّ الهِبةِ وأخَذ كُرَّ نفسِه، أو رَدَّ نِصفَ الكُرِّ وأخَذ نِصفَ كُرِّه؛ لأنه لو رَدَّ الثُّلُثَ يَكونُ الثُّلُثان في مُقابَلة كُرٍّ[2]، وهو رِبًا، فتَعيَّن أن يَرُدَّ نِصفَ الكُرِّ ويَأخُذَ نِصفَ كُرِّه ليَحصُلَ للوَرَثة مِائتا دِرهَمٍ، مِائةٌ[3] وخَمسون قِيمةُ نِصفُ الكُرِّ الهِبةِ، وخَمسون قِيمةُ نِصفِ الكُرِّ العِوَضِ، ويَحصُلُ للمَوهوب له نِصفُ الكُرِّ الهِبةِ، قِيمتُه مِائةٌ وخَمسون، ولكن خَمسون من ذلك بعِوَضٍ يَعدِلُه، وهو نِصفُ الكُرِّ العِوَضِ، ومِائةٌ بغَير عِوَضٍ، فاستَقام الثُّلُثُ والثُّلُثان.

ولو لم يَشترِط العِوَضَ إن شاء رَدَّ الهِبةَ وأخَذ العِوَضَ، وإن شاء رَدَّ ثُلُثَها ولا يَرجِعُ بشيءٍ؛ لأنه لا يُؤدِّي إلى الرِّبا؛ لأنه هِبةٌ ابتِداءً وانتِهاءً، واللهُ الْمُوفِّقُ[4].

---

(١) في (ن): كله.

(٢) في (ج): كره.

(٣) سقطت من (ج).

(٤) في (ب) هنا: ويتلوه في الجزء الرابع إن شاء الله تعالى كتاب الإجارة.

تم الجزء الثالث من كتاب «الكافي في شرح الوافي» بعون الله الملك الشافي، على يدي العبد الضعيف النحيف الحنيف، المرتجي من رحمة ربه اللطيف، الغريق في يموم الخطايا والذنوب، المعترف بالتقصير والعيوب: محمد بن أمير حاج بن محمد الحنفي، ألطفه الله بلطفه الخفي الجلي والخفي، بحق حقه وبحرمة من لا بعده نبي، في أيمن الأوقات وأبرك الساعات، وقتِ العشاء، في سلخ شهر ربيع الأول، من شهور أربعة وأربعين، الحمد لله أولًا وآخرًا، وصلى الله على محمد وآله وصحبه أجمعين.

[illegible] تمثلي [illegible]
[illegible] مائة وما [illegible]
[illegible] دقيقها [illegible]

[illegible] دقيقها [illegible]

[illegible] قسمت [illegible]

[illegible] تلث

[illegible] الثلث

[illegible] ثلثا [illegible]

[illegible] الثلثان [illegible]

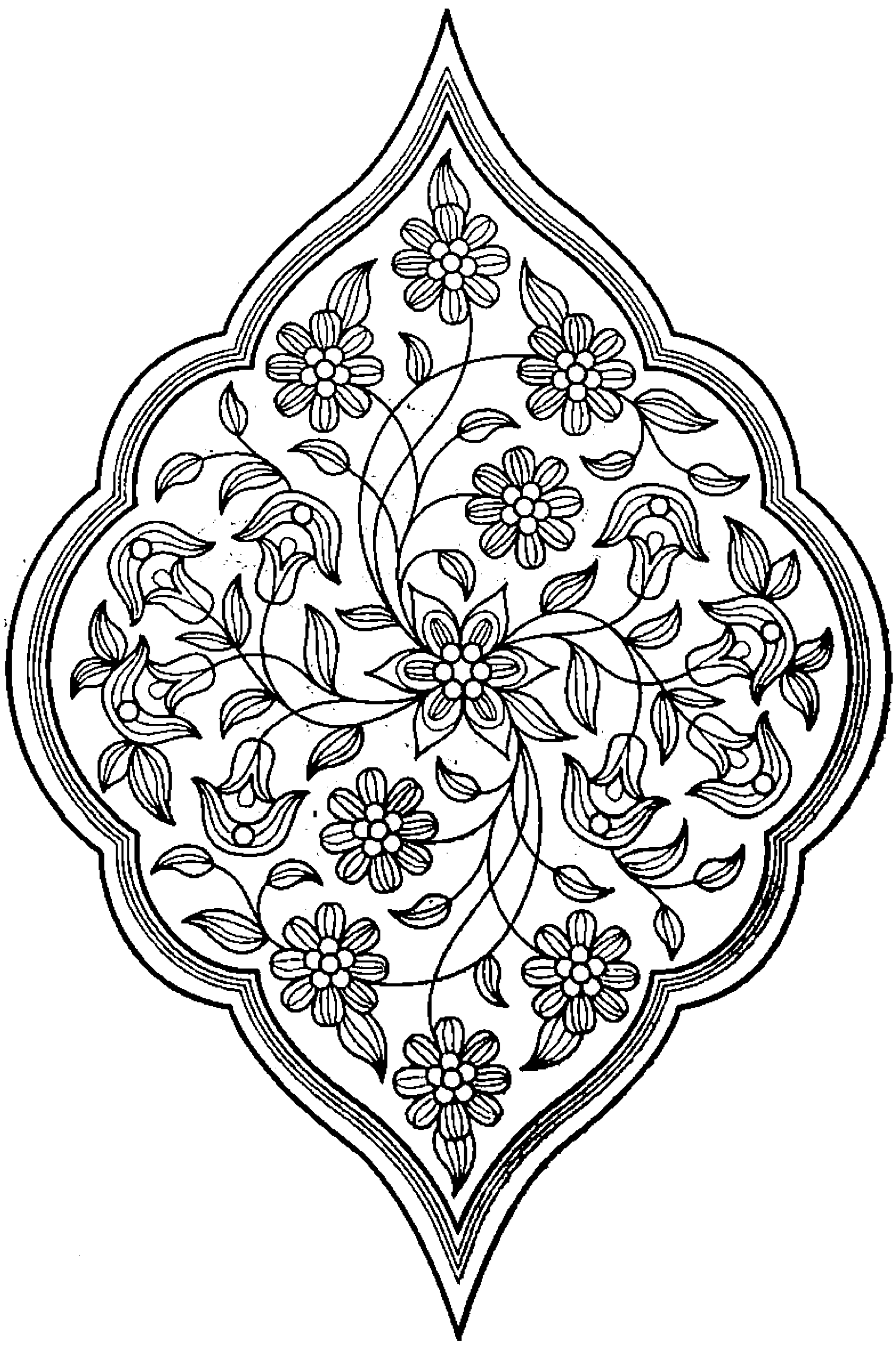
(ن) ي (١)

[illegible]

[illegible] (٢)
[illegible] شرح العرض [illegible]
(ب) يا (٤) [illegible]

[illegible]

كِتَابُ الإِجَارَةِ



كتاب الإجارة(١)

كِتابُ الإجارةِ(٢)

بيعُ مَنفَعةٍ مَعلومةٍ بأجرٍ مَعلومٍ.

هي: بيعُ مَنفَعةٍ مَعلومةٍ بأجرٍ مَعلومٍ.

وشَرعيّتُها: بالكِتاب، قال اللهُ تَعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القَصص: ٢٧]، وشَريعةُ مَن قبلَنا تلزَمُنا حتى يَقومَ الدَّليلُ على نَسخه.

والسُّنّةِ، فقد قال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أعطُوا الأجيرَ أجْرَه قبلَ أن يَجِفَّ عرقُه»(٣)، فالأمرُ بإعطاء الأجرِ دَليلُ صِحّةِ العقدِ، وقال: «من استَأجَر أجيرًا فلْيُعْلِمْه أجْرَه»(٤).

(١) في (ب): بسم الله الرحمن الرحيم، رب يسر ولا تعسر، كتاب الإجارة.

(٢) الإجارة بالكسر: فِعالة من أَجَر يُؤْجِر من باب الإفعال، بمعنى الأجرة، وهي اسم لها.

وهي: بيع المنافع لغة، وفي الشرع: عقد على المنافع بعوض هو مال.

أي بيع نفع معلوم جنسًا وقدرًا بعوض مالي أو نفع من غير جنس المعقود عليه، كسكنى دار بركوب دابة، ولا يجوز بسكنى دار أخرى، ولا بد أن يكون ذلك العوض أيضًا معلومًا قدرًا أو صفة، سواء كان دينًا أو عينًا، والمراد بالدين ههنا مثل النقدين والمكيل والموزون، وبالعين كالثياب والعبيد. «الدستور» ١/ ٣١.

(٣) رواه ابن ماجه (٢٤٤٣)، والطبراني في «الصغير» (٣٤)، وأبو يعلى (٦٦٨٢)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٣٠١٤)، والقضاعي (٧٤٤)، والبيهقي (١١٦٥٤)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٢٩.

(٤) رواه الإمام الأعظم في «مسنده» من رواية أبي نعيم ص٨٩، وعبد الرزاق (١٥٠٢٣)، والبيهقي (١١٦٥١)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٣١.

وإجماعِ الأُمَّةِ.

والقِياسُ يَأبى جَوازَها؛ لأن العقدَ يَرِدُ على الْمَعدوم، وهي الْمَنفَعةُ التي تُوجَدُ في مُدّة الإجارةِ، والْمَعدومُ ليس بمحَلٍّ للعَقد؛ لأنه ليس بشيءٍ، فيَستحيلُ وصفُه بأنه مَعقودٌ عليه.

ولأنه لا بُدَّ من مِلك الْمَعقودِ عليه بعدَ الوُجودِ لانعِقاد العقدِ، والْمَعدومُ لا يُوصَفُ بأنه مَملوكٌ، ولا يُمكِنُ جعلُ العقدِ مُضافًا إلى زَمان الوُجودِ؛ لأن الْمُعاوَضاتِ لا تَحتمِلُ الإضافةَ، كالبَيع.

وإنما جَوَّزناها: لحاجة النّاسِ إليها، فالفَقيرُ مُحتاجٌ إلى مال الغنيِّ، والغنيُّ يَحتاجُ إلى عَمَل الفَقيرِ، وحاجةُ النّاسِ أصلٌ في شَرع العُقودِ، فشُرِعت لتَرتفِعَ الحاجةُ.

وإنما تَنعقِدُ بلَفظَين يُعبَّرُ بهما عن الماضِي، نحوُ أن يَقولَ أحَدُهما: (آجَرتُ)، ويَقولَ الآخرُ: (قَبِلتُ).

ولا تَنعقِدُ بلَفظَين يُعبَّرُ بأحَدهما عن الْمُستقبَل، نحوُ أن يَقولَ: (آجِرني)، فيَقولَ[1] الآخرُ: (آجَرتُ)؛ اعتِبارًا لبَيع الْمَنفَعةِ ببَيع العَينِ.

ثم يُحتاجُ إلى بَيان كَيفيّةِ الانعِقادِ فنَقولُ:

العقدُ عندَنا يَنعقِدُ ساعةً فساعةً في حقِّ المحَلِّ، على حَسَب حُدوثِ الْمَنافِعِ، والعَينُ جُعِلت خَلَفًا عن الْمَنفَعة في حقِّ إضافةِ العقدِ، فيَرتبِطُ الإيجابُ بالقَبول عندَ الإضافةِ إلى العَين، ثم عمَلُ العقدِ الْمُنعقِدِ يَظهَرُ أثَرُه في حقِّ الْمَنفَعةِ مِلكًا واستِحقاقًا بالعَقد حالَ وُجودِ الْمَنفَعةِ، وهذا كالسَّلَم، فإنه تُقامُ الذِّمّةُ -التي هي محَلٌّ للمُسلَم- فيه مُقامَ مِلكِ الْمَعقودِ عليه في حُكم جَوازِ السَّلَمِ.

---

(١) في (ج) و(د): ويقول.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُجعَلُ الْمَنافِعُ الْمَعدومةُ مَوجودةً حُكمًا ضَرورةَ تَصحيحِ العقدِ؛ فإن العقدَ يَستَدعي محلًّا يَنعقِدُ فيه؛ إذ الشَّرعُ حَكَم بالانعِقاد واللُّزومِ، وهو وصفُ العقدِ الْمُنعقِدِ، فحَكَمنا بوُجود المحَلِّ لينعقِدَ العقدُ.

وكان هذا العقدُ على خِلاف القِياسِ باعتِبار تَغييرِ الحَقيقةِ بإنزال الْمَعدومِ مَوجودًا، وسيَأتي تَقريرُ هذا الأساسِ إن شاء اللهُ تَعالى.

ولا تَصِحُّ حتى تكونَ الْمَنافِعُ مَعلومةً، والأُجرةُ مَعلومةً؛ لِما رَوَينا في الأُجرة[1].

ويَثبُتُ الحُكمُ في الْمَنفَعة دَلالةً؛ لأن الاشتِراطَ ثَمَّ لقَطع الْمُنازَعةِ، والْمَنفَعةُ تُشارِكُها في هذا الْمَعنى.

ولأن شَرعيّةَ الْمُعاوَضاتِ لقَطع الْمُنازَعاتِ، والجَهالةُ في الْمَعقود عليه والْمَعقودِ به مُفضيةٌ إلى الْمُنازَعة المانِعةِ من التَّسليم، كالجَهالة في الْمَبيع والثَّمَنِ، فشُرِط إعلامُهما قطعًا للمُنازَعة، وتَتميمًا للفائِدة باتِّصال التَّسليمِ.

وما صحَّ ثَمَنًا صحَّ أجرًا.

وما صَحَّ أن يَكونَ ثمنًا في البَيع، كالنُّقود، والْمَكيلِ والْمَوزونِ: صَحَّ أن يَكونَ أُجرةً في الإجارة؛ لأن الإجارة بيعُ الْمَنفَعةِ، والأُجرةُ ثمَنُ الْمَنفَعةِ، فتُعتَبرُ بثَمَن الْمَبيعِ.

وما لا يَصلُحُ ثمَنًا يَصلُحُ[2] أجرةً أيضًا، كالأعيان، مِثلَ العَبيدِ والثِّيابِ؛ لأن الأجرَ عِوَضٌ ماليٌّ، وكلُّ ما هو مالٌ وصَلَح عِوَضًا صَلَح أُجرةً، أما الثَّمَنُ: فما يَجِبُ في الذِّمّة، ليَختصَّ بما يَثبُتُ في الذِّمّة.

---

(١) أي حديث: «من استأجر أجيرًا فليُعْلِمه أجرَه».

(٢) في (د): لا يصلح. وانظر «الهداية» ٣/ ٢٣٠.

ثم إعلامُ الأُجرةِ إن كانت من النُّقود ببَيان النَّقدِ[1] وبَيانِ الصِّفةِ أنه جيِّدٌ أو وسَطٌ أو رَديءٌ.

وإن كانت الأُجرةُ مَكيلًا، أو مَوزونًا، أو عدَديًا مُتقارِبًا: فإعلامُها ببَيان القَدْرِ والصِّفةِ، وتَحتاجُ إلى بَيان مَكانِ الإيفاءِ إذا كان له حَمْلٌ ومُؤنةٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وإن كانت عَرْضًا أو ثَوبًا: يُشترَطُ فيه شَرائِطُ السَّلَمِ؛ لأن وُجوبَ الثِّيابِ دَينًا في الذِّمّة عُرِف بالشَّرع، والشَّرعُ وَرَد به بطَريق السَّلَمِ، وفي هذا كلِّه إذا كانت الأُجرةُ عَينًا فإعلامُه بالإشارة؛ لأن الإشارةَ أبلَغُ أسبابِ التَّعريفِ.

وإن كانت الأُجرةُ حيَوانًا لا يَجوزُ إلا إذا كان عَينًا؛ لأن الحيَوانَ لا يَجِبُ دَينًا في الذِّمّة بدَلًا عما هو مالٌ.

وتُعلَمُ الْمَنفَعةُ ببَيان الْمُدّةِ، كالسُّكنى، والزِّراعةِ، ولم تَزِد في الوَقف على ثَلاث سِنين، أو العَمَلِ، كالخِياطة، والصَّبغِ، أو الإشارةِ[2].

وأما إعلامُ الْمَنفَعةِ فبطُرُقٍ ثَلاثةٍ:

إما ببَيان الْمُدّةِ، كاستِئجار الدُّورِ للسُّكنى، والأرَضينَ للزِّراعة، فيَصِحُّ العقدُ على مُدّةٍ مَعلومةٍ، أيِّ مُدّةٍ كانت؛ لأن الْمَنافِعَ تَحدُثُ شيئًا فشيئًا، فمِقدارُها يَصيرُ مَعلومًا ببَيان الْمُدّةِ إذا كانت الْمَنفَعةُ لا تتفاوَتُ.

ولا فرقَ بينَ أن تكونَ الْمُدّةُ طَويلةً أو قَصيرةً إذا كانت مَعلومةً، إلا أن في الأوقاف لا تُزادُ على ثَلاث سِنينَ في الصَّحيح؛ كيلا يَدَّعيَ الْمُستاجِرُ مِلكَها.

---

(١) في (ب): القدر.

(٢) في (م) و(ن): أو المكان.

أو **ببيان العمَلِ**، وذا ببيان محلِّه، كمن استأجر رَجُلًا على صَبغ ثَوبِه أو خِياطتِه، أو استأجر دابّةً ليَحمِلَ عليها مِقدارًا مَعلومًا، أو يَركَبَها مَسافةً سَمّاها؛ لأنه إذا بيَّن الثَّوبَ ولونَ الصِّبغِ وقَدْرَ ما يُصبغُ به إذا كان مما يَختلِفُ، وجِنسَ الخِياطةِ، والقَدْرَ[1] الْمَحمولَ، وجِنسَه، والْمَسافةَ[2].. صارت الْمَنفَعةُ مَعلومةً، فيَصِحُّ العقدُ.

أو **بالإشارة**، كمن استأجَر رَجُلًا ليَنقُلَ له هذا الطَّعامَ إلى مَوضِعٍ مَعلومٍ؛ لأنه إذا أَراه ما يَنقُلُه، والْمَوضِعَ الذي يَحمِلُ إليه.. تَصيرُ الْمَنفَعةُ مَعلومةً، فيَصِحُّ العقدُ.

وقد يُقالُ: الإجارةُ قد تكونُ عقدًا على العَمَل، كاستِئجار القصّارِ والخيّاطِ والصَّبّاغِ، ولا بُدَّ أن يَكونَ العمَلُ مَعلومًا، وذلك يَكونُ في الأَجير الْمُشترَكِ، وقد يَكونُ عقدًا على الْمَنفَعة، كاستِئجار الرَّجُلِ يومًا أو شهرًا لعمَلٍ، كما في الأَجير الوَحْدِ، ولا يَصِحُّ العقدُ إلا بذِكر الْمُدّةِ.

---

(١) في (ج): والمقدار.

(٢) في (ج): وجنس المسافة.

باب الأجرة متى تستحق

والأجرُ لا يُملَكُ[1] بالعَقد(ف)، بل بتَعجيله، أو شرطِه، أو الاستِيفاءِ، أو تمكُّنِه.

الأجرُ لا يُملَكُ بنَفس العقدِ، ولا يَجِبُ تَسليمُه به عندَنا، عَينًا كان أو دَينًا، وإنما يُملَكُ بالتَّعجيل من غَير شرطٍ، أو بشَرط التَّعجيلِ، أو باستِيفاء الْمَعقودِ عليه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُملَكُ بنَفس العقدِ، ويَجِبُ تَسليمُه عندَ تَسليمِ الدّارِ أو الدّابةِ إلى الْمُستأجِر؛ لأنها عقدُ مُعاوَضةٍ، فمُطلَقُه يُوجِبُ مِلكَ البدَلِ بنَفسه، كعَقد البيعِ.

وهذا لأن الْمَنافِعَ الْمَعدومةَ صارت مَوجودةً حُكمًا في حقِّ انعِقادِ العقدِ؛ إذ مِن شرطِ جَوازِ العقدِ أن يَكونَ الْمَعقودُ عليه مَوجودًا مَقدورَ التَّسليمِ، وللشّارِع وِلايةُ جعلِ الْمَعدومِ حَقيقةً مَوجودًا، كما جَعَل النُّطفةَ في الرَّحِم ولا حَياةَ فيها كالحيِّ حكمًا في حقِّ الإرثِ والعِتقِ والوصِيّةِ، وكما جَعَل الحيَّ حَقيقةً كالميْت حُكمًا، وهو الْمُرتدُّ اللّاحقُ بدار الحربِ.

وهذا كالسَّلَم، فإنه بيعُ الْمَعدومِ حَقيقةً، ولكنِ الشَّرعُ جَعَل العَينَ الْمَعدومَ حَقيقةً كالْمَوجود حُكمًا في حقِّ جَوازِ السَّلَمِ، فكذا هنا جَعَل مَنفَعةَ العَينِ في حُكم العَينِ، فكما يُملَكُ البدَلُ في العَقد الوارِدِ على العَين بنَفسه، فكذا في العَقد الوارِدِ على الْمَنفَعة.

والدَّليلُ على أن الْمَنفَعةَ في حُكم العَينِ: صِحّةُ الاستِئجارِ بأجرٍ مُؤجَّلٍ، وما ليس بعَينٍ فهو دَينٌ، والدَّينُ بالدَّين حَرامٌ.

---

(١) في (م) و(ن): لا يستحق.

ولنا: أن هذا عقدُ مُعاوَضةٍ، فيقتَضي تَقابُلَ[1] البدَلَين في الْمِلك والتَّسليمِ، أي يَثْبُتُ الْمِلكُ في العِوَضَين معًا، كالبَيع؛ لأن من قَضِيّة الْمُعاوَضةِ الْمُساواةَ، ثم أحدُ البدَلَين -وهو الْمَنفَعةُ- لم تَصِر مَملوكةً بنَفس العقدِ، بل تَراخى حُكمُ العقدِ فيها إلى حِين وُجودِها، فكذا الأجرُ؛ وهذا لأنه مَعدومٌ في نَفسه، والْمِلكُ صِفةُ الْمَوجودِ، فلا يَتَّصِفُ الْمَعدومُ به.

وإذا لم يُملَك الْمَعقودُ عليه في الحال فلو مُلِك البدَلُ لَمُلِك بغَير عِوَضٍ، وذا ليس بقَضِيّة الْمُعاوَضةِ، وجَوازُ العقدِ ليس باعتِبار أن الْمَنفَعةَ الْمَعدومةَ جُعِلت مَوجودةً حُكمًا، وكيف يُقالُ هذا والْمَوجودُ من الْمَنفَعة حَقيقةً لا يَقبَلُ العقدَ؛ لأنها عَرَضٌ لا يَبقى زَمانَين.

والتَّسليمُ بحُكم العقدِ يَكونُ عَقيبَه[2]، فما لا بَقاءَ له[3] لا يُتصوَّرُ تسليمُه بحُكم العقدِ، وما لا يُتصوَّرُ تَسليمُه بحُكم العقدِ لا يَكونُ محَلًّا لعَقد الْمُعاوَضةِ، بل باعتِبار أن العَينَ التي هي سبَبٌ لوُجود الْمَنفَعةِ أُقِيمت مُقامَ الْمَنفَعةِ في حقِّ صِحّةِ الإيجابِ والقَبولِ.

ثم انعِقادُ العقدِ في حقِّ الْمَعقودِ عليه في حُكم الْمُضافِ إلى وَقت الحُدوثِ، وهو مَعنى قولِنا: إن عقدَ الإجارةِ في حُكم عُقودٍ مُتفرِّقةٍ يَتجدَّدُ انعِقادُها على حَسَب حُدوثِ الْمَنافِع.

وإنما أقَمنا السَّبَبَ مُقامَ الْمُسبَّبِ: ضَرورةَ تَصحيحِ العقدِ؛ ليَرتبِطَ الإيجابُ

---

(١) في (ب) و(د): تقابض. وانظر «المبسوط» ١٥/ ١٠٩، و«التبيين» ٥/ ١٠٧.

(٢) في (ب): حقيقة. وانظر «المبسوط» ١٥/ ١٠٩.

(٣) في (د) و(هـ): فما لا يقابله. وانظر «المبسوط» ١٥/ ١٠٩.

بالقَبول، فيَتقدَّرُ بقَدْرِها، ولا ضَرورةَ في مِلك البدَلِ بنفس العقدِ، بل في حقِّ البدَلِ، كالعَقد الْمُضافِ إلى وَقت الحُدوثِ، فلا يَثبُتُ الْمِلكُ قبلَه.

وهذا أَولى مما قاله؛ لأن ما ذَكَره قلبُ الحَقيقةِ، وما ذَكَرناه تَغيُّرُ أمرٍ شَرعيٍّ بدَليلٍ شَرعيٍّ؛ لأن إقامةَ السَّبَبِ مُقامَ الْمُسبَّبِ أصلٌ في الشَّرع، كإقامة السَّفَرِ مُقامَ الْمَشقّةِ، والبُلوغِ مُقامَ كَمالِ العقلِ.. وهَلُمَّ جرًّا من النَّظائِر.

وجَوازُ السَّلَمِ باعتِبار أن الْمُسلَمَ فيه أخَذ حُكمَ الثَّمَنِ، ولهذا شُرِط قبضُ رأسِ المالِ في الْمَجلِس؛ كيلا يَكونَ دَينًا بدَينٍ، ولو كان له حُكمُ العَينِ الْمَوجودِ لَمَا وَجَب قبضُ رأسِ المالِ في الْمَجلِس، كما لو باع حِنطةً بعَينها بدَراهِمَ.

فإذا استَوفى الْمَنفَعةَ يَثبُتُ الْمِلكُ في الأَجر؛ لأن التَّسويةَ قد تَحقَّقت.

وكذا إذا عَجَّل أو شَرَط التَّعجيلَ؛ لأن امتِناعَ الْمِلكِ بنَفس العقدِ لتَحقيق[1] الْمُساواةِ، فإذا عَجَّل أو شَرَط التَّعجيلَ: فقد أبطَل الْمُساواةَ التي ثَبَتت حقًّا له.

وهذا بخِلاف الإجارةِ الْمُضافةِ بشَرط تَعجيلِ الأُجرةِ؛ فإن الشَّرطَ باطِلٌ؛ لأن امتِناعَ ثُبوتِ الْمِلكِ في البَدَل ثَمَّ ليس بمُقتضى العقدِ، بل بالتَّصريح بالإضافة إلى وقتٍ في الْمُستقبَل، والْمُضافُ إلى وقتٍ لا يَكونُ مَوجودًا قبلَ ذلك الوقتِ، ولا يَتغيَّرُ هذا الْمَعنى بالشَّرط.

وإذا قَبَض الْمُستأجِرُ الدّارَ فعليه الأجرُ وإن لم يَسكُنها؛ لأنه لَمّا لم يُمكِن[2] تَسليمُ عَينِ الْمَنفَعةِ[3] -لِما مَرّ- أُقيم تَسليمُ المحَلِّ الذي يَتمكَّنُ من الانتِفاع به مُقامَها.

---

(١) في (هـ): لتحقق.

(٢) في (د) و(هـ): يكن.

(٣) في (د): منفعة العين.

فلم يَجُز صرفُه(م) به قبلَه، وسَقَط بالغَصب منه.

فلو كانت الأُجرةُ دَراهِمَ في الذِّمّة، ولم يَشترط التَّعجيلَ، ولم تَمضِ الْمُدّةُ حتى صَرَفها بدِينارٍ[1]: لم تَصِحَّ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه صرفٌ بدَينٍ يُستحَبُّ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجوزُ؛ لأن الصَّرفَ بالدَّين لا يَتعلَّقُ بعَينه، بل بمِثله، وإذا تَعلَّق بمِثله والصَّرفُ يُوجِبُه حالًّا صار كأنهما شَرَطا التَّعجيلَ اقتِضاءً.

وإن غَصَبها غاصِبٌ من يَده سَقَط الأجرُ؛ لفَوت التَّمكينِ؛ إذ هو الفِعلُ الْمُستلزِمُ للمُكنة، ولا مُكنةَ مع الغصبِ.

وهل يَنفسِخُ العقدُ؟ ذَكَر الفَضليُّ والقاضِي فخرُ الدِّينِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ في «الفَتاوى[2]»: أنه لا تَنتقِضُ الإجارةُ، ولكن يَسقُطُ الأجرُ ما دامت في يَد الغاصِبِ.

وذَكَر في «الهِداية»: أن العقدَ يَنفسِخُ، وإن وُجِد الغصبُ في بَعض الْمُدّةِ سَقَط بقَدْره؛ لأن السُّقوطَ بقَدْر الْمُسقِطِ.

ولربِّ الدّارِ والأرضِ طَلَبُ الأجرِ كلَّ يومٍ(ون).

وللجَمّال[3] كلَّ مَرحَلةٍ(ون).

وللقَصّار والخَيّاطِ بعدَ الفَراغِ من عَمَله.

ومن استأجَر دارًا أو أرضًا مُدّةً مَعلومةً: فلربِّ الدّارِ والأرضِ أن يُطالِبَه بأجرِ

---

(1) في (ج): بدنانير.

(2) في (ج): ذكر في «المحيط» ناقلاً عن «الفتاوى» الفضلي: لو غصب الدار المستأجرة من المستأجر لا تنتقض الإجارة، ولكن تسقط الأجرة عن المستأجر ما كانت الدار في يدي الغاصب، وذكر القاضي فخر الدين في «الفتاوى».

(3) في (س) و(ع): وللحمال.

كلِّ يومٍ.

ومن استأجر بَعيرًا إلى مكّةَ: فللجمّال أن يُطالِبَه بأجر كلِّ مرحلةٍ.

وليس للقصّار والخيّاطِ أن يُطالِبَ بالأجر حتى يَفرُغَ من العَمَل.

والأصلُ: أن الإجارةَ مُعاوَضةٌ، والْمِلكُ في الْمَنافِعِ يَمتنِعُ ثُبوتُه زمانَ العقدِ، فكذا الْمِلكُ في الأَجر وَجَب أن يَمتنِعَ ثُبوتُه زَمانَ العقدِ؛ إذ قضِيّةُ الْمُعاوَضةِ الْمُساواةُ، وإذا لم يَجِب الأجرُ بنَفس العقدِ لا يَجِبُ إيفاؤُه قبلَ وُجوبِه.

ثم قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أوّلًا -وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ-: لا يَجِبُ إيفاءُ شيءٍ من الأجر إلا[1] بعدَ استيفاءِ جَميعِ الْمَنفَعةِ، سَواءٌ كانت الإجارةُ مَعقودةً على الْمُدّة، كما في إجارة الدّارِ والأرضِ، أو على قَطع الْمَسافةِ، كما في كِراء الدّابّةِ إلى مكّةَ، أو على العَمَل، كما في القصّارِ والخيّاطِ والصَّبّاغِ.

ثم رَجَع عن هذا وقال: إن وَقَعت الإجارةُ على الْمُدّة أو على قَطع الْمَسافةِ: يَجِبُ إيفاءُ الأجرِ بحِصّة ما استَوفى من الْمَنافِعِ، إذا كان لِما استَوفى حِصّةٌ مَعلومةٌ من الأَجر، ففي الدّار يَجِبُ الإيفاءُ يومًا فيومًا، وفي قَطع الْمَسافةِ يَجِبُ الإيفاءُ مَرحَلةً فمَرحَلةً، وفي الإجارة التي تَنعقِدُ على العَمَل، ويَبقى له أثَرٌ في العَين، حتى كان للعامِل احتِباسُه: فإنه لا يَجِبُ إيفاءُ الأجرِ إلا بعدَ إيفاءِ العمَلِ كلِّه، وإن كان حِصّةُ ما استَوفى من العَمَل مَعلومًا، إلا أن يَكونَ عمَلُ العامِلِ في بَيت الْمُستأجِرِ، فحينَئذٍ يَكونُ الجَوابُ فيه كالجَواب في الكِراء، كذا ذَكَر في «الجامِع الصَّغيرِ» لفَخر الإسلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ و«الْمُستزادِ» وغيرِهما.

وذَكَر في «الهِداية»: وكذا إذا عَمِل في بَيت الْمُستأجِرِ فلا يَستوجِبُ الأجرَ قبلَ الفَراغِ.

(١) في (ب) و(د): الأجر زمان العقد إلا.

وجهُ قولِه الأوَّلِ: أن الْمَعقودَ عليه شيءٌ واحِدٌ، وهو جُملةُ الْمَنافِعِ في الْمُدَّة، فما لم يَسلَم كلُّه[1] لا يَجِبُ تَسليمُ شيءٍ من الأُجرة، كما في الْمَبيع، فإنه لا يَتوزَّعُ وُجوبُ تَسليمِ الْمَبيعِ على تَسليم الثَّمَنِ، بل له حقُّ حبسِ جُملةِ الْمَبيعِ ما بَقِي شيءٌ من الثَّمَن، وكما لو كان الْمَعقودُ عليه العمَلَ.

ووجهُ قولِه الثَّانِي: أن الْمِلكَ في الأُجرة، ووُجوبُ التَّسليمِ إنما تَراخى عن العَقد لضَرورة تَحقيقِ الْمُساواةِ، فإذا استَوفى الْمَنفَعةَ والعقدُ في حقِّ الْمَنفَعةِ يَنعقِدُ شيئًا فشيئًا.. يَجِبُ تَسليمُ ما يُقابِلُه من الأَجر.

وكان يَنبَغي أن يَجِبَ تَسليمُه شيئًا فشيئًا[2]، ولو خَطْوةً[3]، أو سَكَن ساعةً، إلا أنَّا استَحسنَّا وقَدَّرنا بيومٍ ومَرحَلةٍ؛ لأن ذا يُفضِي إلى أن لا يَفرُغَ عنه، ويَحتاجَ إلى أن يُسلِّمَ الأجرَ كلَّ ساعةٍ، وفيه من الحَرَج ما لا يَخفى.

وبعضُ العمَلِ غيرُ مَقصودٍ؛ لأنه لا يُنتَفَعُ بثَوبٍ خِيط بعضُه أو صُبِغ بعضُه، فكذا[4] لا يَستوجِبُ الأجرَ قبلَ الفَراغِ من العَمَل، والْمَبيعُ في حُكم الْمَرهونِ من حيث إنه مَحبوسٌ بالثَّمَن، والْمَرهونُ لا يُستحَقُّ تَسليمُه إلا بعدَ قَضاءِ كلِّ الدَّينِ، فكذا الْمَبيعُ.

وهكذا في كلِّ إجارةٍ للأجير فيها حقُّ الاحتِباسِ.

وللخَبّاز بعدَ إخراجِ الخُبزِ من التَّنُّور[5]، فإن أخرَجه، فاحترَق: له الأجرُ،

(١) في (هـ): له كله.

(٢) سقطت من (ج).

(٣) في (ج): خطا خطوة.

(٤) في (أ): فلذا.

(٥) التنور: الذي يخبز فيه، واتفقت فيه لغة العرب لغة العجم، وقال أبو حاتم: ليس بعربي صحيح، والجمع التنانير. «المصباح» ١/ ٧٧.

ولا ضَمانَ.

ومن استَأجَر خبّازًا ليَخبِزَ له في بَيته قَفيزًا من الدَّقيق بدِرهَمٍ: لم يَستحِقَّ الأجرَ حتى يُخرِجَ الخُبزَ من التَّنُّور؛ لأنه من تَتِمّات الخَبزِ، وليس[1] كلُّ أحدٍ يُحسِنُه على وجهٍ لا ينقطع.

فلو احترَق أو سَقَط من يَده قبلَ الإخراجِ: لا أجرَ له.

فإن أخرَجه، ثم احتَرَق من غَير فِعلِه: فله الأجرُ؛ لأنه إذا أخرَجه من التَّنُّور فقد أَوفى عمَلَه، فصَحَّ التَّسليمُ؛ لِقيام يدِه على الخُبز بواسِطة قِيامِها على مَنزِله، فإذا[2] هَلَك بعدَه فقد هَلَك ما صار مُسلَّمًا إلى الْمُستأجِر، فلا يَبطُلُ.

بخِلاف ما إذا لم يُخرِجه؛ لأن العمَلَ لم يُوجَد؛ لأنه غيرُ مُنتفَعٍ به، فلم يَصِحَّ التَّسليمُ.

ولا ضَمانَ عليه بالهَلاك عندَ الكلِّ، أما عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فلأنه لم يَهلِك بصُنعه، وأما عندَهما: فلأنه هَلَك بعدَ التَّسليمِ.

وذَكَر القُدُوريُّ في «شَرحه»: أن على قَولهما يَجِبُ الضَّمانُ؛ لأنه أجيرٌ مُشترَكٌ، والعَينُ في يَده أمانةٌ عندَه، مَضمونةٌ عندَهما.

ثم لصاحِب الدَّقيقِ الخِيارُ، إن شاء ضَمَّنه دَقيقًا مِثلَ دَقيقِه؛ لأنه مَضمونٌ عليه، فلا يَبرأُ إلا بعدَ حَقيقةِ التَّسليمِ، ولا أجرَ له، وإن شاء ضَمَّنه قِيمةَ خُبزِه، ويَصيرُ العمَلُ مُسلَّمًا إليه، ويَجِبُ الأجرُ.

ولا ضَمانَ عليه في الْمِلح والحطَبِ؛ لأن ذلك يَصيرُ مُستهلَكًا قبلَ وُجوبِ

---

(١) في (أ) و(ج): فليس، وفي (هـ): فإنه ليس.

(٢) في (أ): فأما إذا.

الضَّمانِ عليه.

وللطَّبّاخ بعدَ الغَرْفِ.

ومن استَأجَر طبّاخًا ليَطبُخَ له الطَّعامَ للوَليمة: فالغَرْفُ عليه، أي إخراجُ الْمَرَقةِ من القُدُور إلى القِصاع عليه.

وإن استُؤجِر لطَبخ قِدْرٍ خاصٍّ: فإخراجُ الْمَرَقةِ من القِدر ليس عليه، كذا في «الإيضاح» و«الْمُحيطِ»، والْمَرجِعُ في الجَميع العُرفُ.

وللَّبّان بعدَ الإقامةِ(س م).

وإن استَأجر لبّانًا ليَضرِبَ له لَبِنًا في مِلكه، فلَبِنُه: يَستحِقُّ الأجرَ إذا أَقامه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وقالا: لا يَستحِقُّه حتى يُشرِّجَه[1].

وهذا إذا ضَرَب اللَّبِنَ في مِلك الْمُستأجِر، فإن ضَرَبه في مِلك نفسِه: فلا يَجِبُ الأجرُ عندَه إلا بالعدِّ عليه بعدَ إقامتِه، وعندَهما: بالعدِّ عليه بعدَ التَّشريجِ، كذا في «نَظم» الزَّنْدَوِيسْتيِّ.

لهما: أن التَّشريجَ من تَمام العمَلِ عُرفًا، وبه يَقَعُ الأمنُ عن الفَساد، فصار كإخراج الخُبزِ من التَّنُّور.

وله: أن العمَلَ قد تَمَّ بالإقامة، والانتِفاعُ به مُمكِنٌ، والتَّشريجُ عمَلٌ زائِدٌ عليه، ولم يَلتزِمه، فلا يَلزَمُه، كالنَّقل من مَكانٍ إلى مَكانٍ، بخِلاف الإقامةِ؛ لأنها من تَتِمّة العمَلِ؛ لأن اللَّبِن قبلَها طِينٌ مُنتشِرٌ.

ومن لعَمَله أثَرٌ، كالصَّبّاغ، والقَصّارِ: تُحبَسُ العَينُ للأجرِ(ز)، فإن حَبَس فضاع: لا

---

(١) شَرَّجتُ اللَّبِن -بالتشديد- نَضَدْتُه، وهو ضَمُّ بعضه إلى بعض. «المصباح» ١/ ٣٠٨.

ضَمانَ(س م)، ولا أجْرَ.

وكلُّ صانِعٍ لعَمَله أثرٌ قائِمٌ في العَين، كالصَّبّاغ والقصّارِ: فله أن يَحبِسَ العَينَ حتى يَستوفيَ الأجرَ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن الْمَعقودَ عليه وَقَع في يَد الْمُستأجِرِ باعتِبار اتِّصالِه بمِلكه، وذا يُعَدُّ قبضًا، كمن استَقرَض من آخرَ كُرَّ بُرٍّ، وأمَره أن يَبذُرَها في أَرض الْمُستقرِضِ، فإنه يَصيرُ قابِضًا.

ولنا: أن الْمَعقودَ عليه حَقيقةً وإن كان هو العمَلَ.. ولكنْ من حيث الاعتِبارُ الْمَعقودُ عليه وصفٌ أحدَثه، وهو قائِمٌ في الثَّوب، فله حقُّ الحبسِ لاستِيفاء البدَلِ، كما في بَيع العَينِ، ولا يَتمكَّنُ من حَبسه إلا بحَبس العَينِ، فيَكونُ له حبسُ العَينِ ضَرورةَ وُقوعِه في يَده بغَير رِضاه، فلا يَبطُلُ حقُّه في الحَبس، كما في بَيع العَينِ إذا قَبَض الْمُشتَري الْمَبيعَ بغَير رِضا البائِعِ.

ولو حَبَسه، فضاع: لا ضَمانَ عليه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لَمّا لم يَصِر مُتعدِّيًا بالحَبس عندَنا بَقِي العَينُ في يَده عندَه أمانةً، كما كانت قبلَ الحبسِ، ولا أجرَ له؛ لأنه هَلَك الْمَعقودُ عليه قبلَ التَّسليمِ، وهَلاكُ الْمَعقودِ عليه قبلَ التَّسليمِ يُوجِبُ سُقوطَ البدَلِ، كالْمَبيع العَينِ إذا هَلك في يَد البائِعِ.

وعندَهما: العَينُ كانت مَضمونةً قبلَ الحبسِ بالعَقد، فكذا بعدَ الحبسِ، ولصاحِبه الخِيارُ، إن شاء ضَمَّنه قِيمتَه غيرَ مَعمولٍ، ولا أجرَ[1] له؛ لأنه لم يَصِر العمَلُ مُسلَّمًا، فلا يَستحِقُّ الأجرَ، وإن شاء ضَمَّنه قِيمتَه مَعمولًا، وله الأجرُ؛ لأن الْمَبيعَ صار مُسلَّمًا إليه تَقديرًا؛ لوُصول بدَلِه إليه، فصار كما لو صار مُسلَّمًا إليه حقيقةً.

(١) في (ج): والأجر.

ومن لا أثَرَ لعَمَله، كالجَمّال[1]، والْمَلّاحِ: لا تُحبَسُ.

وكلُّ صانعٍ ليس لعَمَله أثرٌ في العَين: فليس له أن يَحبِسَ العَينَ للأجر، كالجَمّال والْمَلّاحِ، لأن العَينَ[2] ليست بمَعقودٍ عليها، والعمَلُ الذي هو مَعقودٌ عليه حَقيقةً قد تَلاشى واضمَحلّ، وليس لعَمَله أثرٌ في العَين، حتى يَقومَ الأثرُ مَقامَ العمَلِ، فلا يَكونُ له وِلايةُ الحبسِ ضَرورةً.

بخِلاف الآبِقِ إذا رَدَّه إنسانٌ؛ فإنه يَحبِسُه للجُعل، ولا أثَرَ لعَمَله؛ لأنه لا يُحبَسُ للعَمَل، ولكنه لَمّا رَدَّ عَينًا كان على شَرَف الهَلاكِ صار بمَنزِلة إحياءِ العَينِ وتَمليكِه منه، فمَلَك حبْسَ العبدِ كأنه باعه منه، فأما هنا: فلم يُوجَد إحياءُ العَينِ ولا وصفٍ قائمٍ بالعَين، فلا يَملِكُ الحبسَ.

وأما القصّارُ.. فإن كان يَقصُرُ بالنَّشاستج[3] أو ببَياض البيضِ: فله حقُّ الحبسِ؛ لأنه اتَّصل بالثَّوب مالٌ قائمٌ، كما في الصَّبغ، فأما إذا كان يُبيِّضُ الثَّوبَ لا غيرُ.. فقد قِيل: ليس له حقُّ الحبسِ؛ لأن البَياضَ الذي حَدَث في الثَّوب غيرُ مُضافٍ إلى عَمَله، بل البَياضُ كان حاصِلًا، ولكن استَتَر بالدَّرَن والوسَخِ، فزال ذلك بعَمَله، وظَهَر البَياضُ الذي كان في الأصل.

وقِيل: له حقُّ الحبسِ؛ لأن ذلك البَياضَ صار كالهالِك باستِتاره بالأوساخ، فيَقَعُ الغَسلُ إحداثًا لصِفة البَياضِ من حيث الْمَعنى، فيَكونُ له حقُّ الحبسِ، كما في الخِياطة.

---

(١) في (ع) و(ف): كالحمال. وبالمهملة قيد ضبطها في «البناية» ١٠/ ٢٤٢.

(٢) في (ج): تلك العين.

(٣) في (ب) و(د): بالنشاسج، وفي (هـ): بالنشاء شيج. قال في «المصباح» ٢/ ٦٠٦: النَّشَا: ما يعمل من الحنطة، فارسي معرب، وأصله نشاستج، فحذف بعض الكلمة، فبقي مقصورًا، ذكره في «البارع».

ولا يَستعمِلُ غيرَه إن شَرَط عَمَلَه، وصحَّ ذا إن أطلَق العَمَلَ.

وإذا شَرَط على الصّانِع أن يَعمَلَ بنفسه، بأن يَقولَ له: (لتَخيطَه بنفسك) أو (بيَدك): فليس له أن يَستعمِلَ غيرَه؛ لأن الْمَعقودَ عليه عمَلٌ في محَلٍّ مُعيَّنٍ، فيُستحَقُّ عَينُه، كالْمَنفَعة في محَلٍّ بعَينه.

وإن أطلَق له العمَلَ، بأن يَقولَ: (استأجرتُك لتَخيطَ لي هذا الثَّوبَ بدِرهَمٍ): فهذا من قَبيل إطلاقِ العمَلِ عُرفًا، وإن كان الْمذكورُ خِياطتَه لفظًا: فله أن يَستأجِرَ من يَعمَلُه؛ لأن الْمُستحَقَّ عليه عمَلٌ في ذِمّته، ويُمكِنُ إيفاؤُه بنَفسه وبالاستِعانة بغَيره، كإيفاء الدَّينِ.

وإن استأجَره ليَجيءَ بعِياله[1]، ومات بعضُهم، فجاء بمن بَقِي: فله أجرُه بحِسابه، لا لحامِلِ الطَّعامِ[ن]، أو الكِتابِ[م] للجَواب بردِّه[2].. للمَوت.

ومن استأجَر رَجُلًا ليَذهَبَ إلى البَصرة ويَجيءَ بعِياله، فذَهَب فوَجَد بعضَهم قد مات، فجاء بمن بَقِي: فله الأجرُ بحِسابه.

ومَعنى الْمَسألةِ: أن يَكونُوا مَعلومِين؛ وهذا لأن الأجرَ مُقابَلٌ بجُملتهم[3]، فإذا أوفى بعضَ الْمَعقودِ عليه دونَ البعضِ استَحقَّ بقَدْر ما أوفى، وبَطَل ما لم يُوفِ.

وإن استأجَره ليَذهَبَ بطَعامه إلى فُلانٍ بالبَصرة، فذَهَب فوَجَد فُلانًا ميْتًا، أو لم يَجِد فُلانًا[4]، أو وَجَده ولكن لم يَدفَع إليه، فرَدَّه: فلا أجرَ له، وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: له الأجرُ.

وإن استأجَره ليَذهَبَ بكِتابه إلى فُلانٍ بالبَصرة ويَجيءَ بجَوابه، فذَهَب فوَجَد

---

(١) العِيال: أهل البيت، ومن يمونه الإنسان، الواحد عَيِّل، مثال جياد وجيد. «المصباح» ٢/ ٤٣٨.

(٢) في (م): يرده.

(٣) في (ج): بحملهم، وفي (د): بأجرتهم.

(٤) في (ب): فلانًا ميتًا.

فُلانًا ميْتًا، فرَدَّ الكِتابَ: فلا أجرَ له عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: له أجرُ الذَّهابِ.

وذَكَر الفَقيهُ أبو اللَّيثِ رَحِمَهُٱللَّهُ قولَ أبي يوسف مع محمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وغيرُه ذَكَره مع أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ.

لزفرَ: أن الأجرَ بمُقابَلة حملِ الطَّعامِ إلى البَصرة، وقد انتَهى ذلك ووَفَى بالشَّرط، ثم هو في رَدِّه جانٍ[1]، فلا يَسقُطُ به حقُّه في الأَجر.

ولمحمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه أَوفى بعضَ الْمَعقودِ عليه دونَ البعضِ، فيَستحِقُّ الأجرَ بقَدْر ما أَوفى؛ وهذا لأن الأجرَ مُقابَلٌ بقَطع الْمَسافةِ؛ لِما فيه من الْمَشقّة، لا بحَمل الكِتابِ وحملِ الجَوابِ؛ لأن الحَملَ ليس بعمَلٍ يُقابِلُه بدَلٌ؛ لخِفّة مُؤنتِه، وقد قَطَعها له في الذَّهاب، فصار كما لو تَرَكَ الكِتابَ وعاد، فإنه يَستحِقُّ أجرَ الذَّهابِ إجماعًا.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه أبطَل تَسليمَ الْمَعقودِ عليه، فبَطَل استِحقاقُ البدَلِ؛ وهذا لأنه قابَل البدَلَ بنَقل الكِتابِ؛ إذ هو أمرٌ مَقصودٌ بينَ النّاسِ، أو وَسيلةٌ إلى الْمَقصود، وهو العِلمُ بما في الكِتاب للمَكتوب إليه، فإذا رَدَّه فقد نَقَضه عليه، فسَقَط الأجرُ، كما في مَسألة حَملِ الطَّعامِ؛ إذ الْمَقصودُ ثَمَّ حَملُ الطَّعامِ إلى البَصرة، فإذا رَدَّه فقد نَقَض الْمَعقودَ عليه، فصار كالخَيّاط إذا خاط الثَّوبَ ثم نَقَضه.

والفرقُ لمحمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: أن نقلَ الطَّعامِ عمَلٌ يُقابَلُ به الأجرُ؛ لأن في إقامته مَشقّةً، وقد نَقَضه بالرَّدّ، فبطَل، وأما نقلُ الكِتابِ فليس بعمَلٍ يُقابَلُ به الأجرُ؛ لخِفّة مُؤنتِه، وإنما الأجرُ مُقابَلٌ بقَطع الْمَسافةِ، وقد قَطَعها له في الذَّهاب.

---

(١) في (ب): خائن.

باب ما تجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

وصحَّ إجارةُ الدّارِ والحانُوتِ[1] بلا بَيان(ر) ما يعمَلُ فيهما.

ولو استأجَر دارًا أو حانُوتًا سَنةً، ولم يُبيِّن ما يَعمَلُ فيهما: جاز.

والقِياسُ: أن لا يَجوزَ؛ لأن الْمَقصودَ من الدّار والحانُوتِ الانتِفاعُ، والانتِفاعُ قد يَكونُ من حيث السُّكنى، وقد يَكونُ من حيث وضعُ الأمتِعةِ، فينبَغي أن لا يَجوزَ ما لم يُبيِّن شيئًا من ذلك.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الْمَقصودَ مَعلومٌ بالعُرف، وهو السُّكنى، فيَنصرِفُ إليه؛ لأن الْمَعلومَ عُرفًا كالْمَشروط نصًّا.

ويَعمَلُ كلَّ شيءٍ، ولا يَسكُنُ حَدّادٌ، وقَصّارٌ، وطَحّانٌ.

وله أن يَسكُنَها ويُسكِنَها من شاء؛ لأنه لا يَتفاوَتُ النّاسُ في ذلك، وله أن يَعمَلَ فيه كلَّ شيءٍ مما لا يُضِرُّ بالبِناء؛ للإطلاق، وذلك نحوُ الوُضوءِ، وغَسلِ الثِّيابِ، وكسرِ الحطَبِ، ووضعِ الْمَتاعِ، ونحوِ ذلك، إلا أنه لا يُسكِنُ حدّادًا، ولا قصّارًا، ولا طحّانًا؛ لأن ذلك يُضِرُّ بالبِناء، فليس له أن يَفعَلَه إلا برِضا المالِكِ.

والحاصِلُ: أن كلَّ عمَلٍ يُفسِدُ البِناءَ أو يُوهِنُه فذلك لا يَصيرُ مُستحَقًّا للمُستأجِر بمُطلَقِ العقدِ إلا أن يَشترِطَه، وما لا يُفسِدُ البِناءَ فهو مُستحَقٌّ له بمُطلَقِ العقدِ.

---

(١) الحانوت: دكان البائع. «المصباح» ١/ ١٥٨.

والأرضِ للزِّراعة إن بَيَّن ما يَزرَعُ فيها، أو عَمَّه[1]، وللبناء، والغَرْسِ، فإن مَضت الْمُدَّةُ قَلَعهما، إلا أن يَغرَمَ الْمُؤْجِرُ قِيمتَه مَقلوعًا، أو يَرضى بتَركه.

وصَحَّ استِئجارُ الأرضِ للزِّراعة؛ لأنها مَنفَعةٌ مَقصودةٌ فيها، وقد جَرى التَّعارُفُ في ذلك، وللمُستأجِر الشِّربُ والطَّريقُ وإن لم يَشرِطهما، بخِلاف ما لو اشتَرى أرضًا؛ فإن الطَّريقَ والشِّربَ لم يَدخُلا بلا ذِكرٍ.

والفرقُ: أن الْمَقصودَ من الإجارة الانتِفاعُ، حتى لا تَصِحُّ إجارةُ ما لا يُمكِنُ الانتِفاعُ به في الحال، كإجارة الْمُهْرِ للرُّكوب، وغيرِ ذلك، ولا يَتهيَّأُ الانتِفاعُ بالأَرض إلا بالشِّرب والطَّريقِ، فيَدخُلان بمُطلَق العقدِ.

فأما الْمَقصودُ بالشِّراء: مِلكُ العَينِ لا الانتِفاعُ، حتى صَحَّ شِراءُ ما لا يُنتفَعُ به في الحال، كشِراء الجحشِ والأرضِ السَّبْخةِ، ومِلكُ العَينِ مُتصوَّرٌ بدُون الطَّريقِ والشِّربِ، فلا ضَرورةَ إلى إدخالهما بدُون ذِكرِ الحُقوقِ أو الْمَرافِقِ.

ولا يَصِحُّ العقدُ حتى يُسمِّيَ ما يَزرَعُ فيها؛ لأن الأرضَ تارةً تُستأجَرُ للزِّراعة، وطَورًا للبِناء والغرسِ وغيرِهما، وما يُزرَعُ فيها مُتفاوِتٌ؛ فإنها قد تُستأجَرُ لِزراعة البُرِّ، ولِزراعة الشَّعيرِ، ولِزراعة الذُّرَةِ والأُرْزِ وغيرِها، وبعضُها يُضِرُّ بالأَرض، فما لم يُبيِّن شيئًا من ذلك لا يَصيرُ الْمَعقودُ عليه مَعلومًا، وإعلامُ الْمَعقودِ عليه شرطُ جَوازِ الإجارةِ، إلا أن يَقولَ: (على أن يَزرَعَ ما شاء)؛ لأن الجَهالةَ الْمُفضيةَ إلى الْمُنازَعة ارتَفَعت بتَفويض الخِيَرةِ إليه.

ويَجوزُ أن يَستأجِرَها ليَبنِيَ فيها، أو ليَغرِسَ فيها نخلًا أو شجَرًا؛ لأن هذه مَنفَعةٌ مَقصودةٌ بالأراضِي.

(١) في (م) و(ن): عم.

فإن مَضت مُدّةُ الإجارةِ لَزِم الْمُستأجِرَ قلعُ البناءِ والغَرْسِ وتَسليمُها فارِغةً؛ لأنه ليس لنِهايتهما[1] مُدّةٌ مَعلومةٌ[2]، فلو لم يُقلَعا[3] يَتضرَّرُ ربُّ الأرضِ.

بخِلاف ما إذا انتَهت مُدّةُ الإجارةِ وفي الأَرض زرعٌ لم يُدرِك؛ حيث يُترَكُ بأجر الْمِثلِ في يَده إلى أن يَستحصِدَ؛ لأن لبُلوغ الزَّرعِ غايةً مَعلومةً، فكان في التّأخير بأجرِ مُراعاةُ الحقَّين، إلا أن يَختارَ ربُّ الأرضِ أن يَغرَمَ له قِيمتَه مَقلوعًا ويَتملَّكَه، وهذا برِضا صاحِبِ الغَرْسِ والشَّجرِ، إلا أن تَنقُصَ الأرضُ بالقَلع، فحينَئذٍ يَتملَّكُها بغَير رِضاه، أو يَرضى بتَركه على حاله، فيَكونُ البِناءُ لهذا والأرضُ لهذا؛ لأن الحقَّ له، فله أن لا يَأخُذَه[4].

وإذا انقَضَت مُدّةُ الإجارةِ وفي الأَرض رَطْبةٌ: قُلِعت الرَّطْبةُ؛ لأنه ليس لانتِهائها غايةٌ مَعلومةٌ، فصارت كالشَّجَر.

والدّابّةِ للرُّكوب والحَملِ، والثَّوبِ للُّبس، فإن أطلَقَ أركَب وألبَس من شاء، فإن قَيَّد براكِبٍ ولابِسٍ، فخالَفَ: ضَمِن.

وصَحَّ استِئجارُ الدّابّةِ للرُّكوب والحَملِ، والثَّوبِ للُّبس.. فإن لم يُبيِّن من يَركَبُها، أو ما يَحمِلُ عليها، أو من يَلبَسُه: فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لأن حَملَ بعضِ الأشياءِ، ورُكوبَ بعضِ الأشخاصِ أو لُبسَ البعضِ.. غيرُ مَعلومٍ ليَنصرِفَ مُطلَقُ العقدِ إليه، ويَقَعُ التَّفاوُتُ في الرُّكوب واللُّبسِ والحَملِ، فما لم يُبيِّن لا يَصيرُ الْمَعقودُ عليه مَعلومًا، فلا يُحكَمُ بجَواز الإجارةِ.

---

(١) في (ج) و(هـ): لنهايتها.

(٢) في (هـ): حد معلوم.

(٣) في سوى (أ): يقلعها.

(٤) في سوى (أ) و(ج): أن يأخذه. وانظر «الهداية» ٣/ ٢٣٤.

فإن أطلَق، بأن قال: (على أن يُركِبَ أو يُلبِسَ من شاء): جاز له أن يُركِبَ أو يُلبِسَ من شاء؛ عمَلًا بإطلاق اللَّفظِ، ولكن إذا رَكِب بنفسه أو أركَب واحِدًا: ليس له أن يُركِبَ غيرَه؛ لأنه تعيَّن مُرادًا من الأَصل، فصار كأنه نَصَّ على رُكوبه ابتِداءً.

فإن قال: (على أن يَركَبها فُلانٌ) أو (يَلبَسَه فُلانٌ)، فأركَبها غيرَه، أو ألبَسه غيرَه، فعَطِب: ضَمِن؛ لأن التَّقييدَ مُفيدٌ؛ لتَفاوُت النّاسِ في الرُّكوب واللُّبسِ.

ومِثلُه ما يَختلِفُ بالْمُستعمِل، كالفُسطاط(م)[1]، وفيما لا يَختلِفُ به بَطَل تَقييدُه.

ومِثلُه كلُّ ما يَختلِفُ باختِلاف الْمُستعمِلِ، كالفُسطاط ونحوِه، حتى لو استأجَر فُسطاطًا، فدَفَعه إلى غَيره إجارةً أو إعارةً، فنَصَبه وسَكَن فيه: ضَمِن عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لتَفاوُت النّاسِ في نَصبه، واختِيارِ مَكانِه، وضربِ أوتادِه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَضمَنُ؛ لأنه للسُّكنى، فصار كالدّار.

فأما في العَقار وما لا يَختلِفُ باختِلاف الْمُستعمِلِ: بَطَل تَقييدُه؛ لأنه لا يُفيدُ؛ لعَدَم التَّفاوُتِ، حتى لو شَرَط سُكنى واحِدٍ له أن يُسكِنَ غيرَه.

وما يُضِرُّ بالبِناء، كإسكان الحدّادِ ونحوِه.. خارِجٌ بدَلالة الحالِ، على ما مَرّ.

فإن سَمّى نوعًا وقَدْرًا، ككُرِّ بُرٍّ: له حَمْلُ مِثلِه وأخفَّ، كالسِّمسِم والشَّعيرِ، لا أضَرَّ، كالْمِلح والحَديدِ.

فإن سَمّى نوعًا وقَدْرًا، ككُرِّ بُرٍّ: فله أن يَحمِلَ ما هو مِثلُ البُرِّ في الضَّرَر أو أخفُّ، كالشَّعير والسِّمسِمِ؛ لدُخوله تحتَ الإذنِ ظاهِرًا؛ لعَدَم التَّفاوُتِ، أو لأنه خيرٌ من الأوَّل، وليس له أن يَحمِلَ ما هو أضَرُّ من البُرِّ، كالْمِلح والحَديدِ؛ لصِحّة التَّقييدِ؛ لأنه لا يَرضى

---

(١) الفُسطاط -بضم الفاء وكسرها-: بيت من الشَّعر، والجمع فساطيط. «المصباح» ٢/ ٤٧٢.

بما هو أضَرُّ.

وإن استأجرها ليَحمِلَ عليها مِقدارًا من القُطن فليس له أن يَحمِلَ مِثلَ وزنه حَديدًا؛ لأن القُطنَ يَنبسِطُ على ظَهر الدّابّةِ، والحَديدَ يَجتمِعُ في مَوضِعٍ واحِدٍ منه، فيَدِقُّ منه ما لا يَدِقُّ من[1] القُطن، فلا يَكونُ الرِّضا بالقُطن رِضًا بالحَديد.

وإن عَطِبت بالإرداف[2] ضَمِن النِّصفَ.

وإن استأجَرها ليَركَبَها، فأردَف معه رَجُلًا، فعَطِبت[3]: ضَمِن نِصفَ قِيمتِها[4]، سَواءٌ كان أخفَّ أو أثقَلَ؛ لأن تلَفَ الدّابّةِ بالرُّكوب لا يَنشأُ عن الثِّقَل، فرُبَّ ثَقيلٍ يُحسِنُ الرُّكوبَ ولا يُضِرُّ بالدّابّة، ورُبَّ خَفيفٍ لا يُحسِنُ فيُضِرُّ بها.

ولأن الآدَميَّ لا يُوزَنُ بالقَبّان، فلا يُمكِنُ مَعرِفةُ وزنِه، فاعتُبِر عدَدُ الرّاكبِ، كما في الجِراحات يُعتبَرُ عدَدُ الجُناةِ لا عدَدُ الجِناياتِ، فإن من جَرَح إنسانًا جِراحةً، وجَرَحه آخرُ جِراحاتٍ: يَتنصَّفُ الضَّمانُ، فربما يَهلِكُ الإنسانُ من جِراحةٍ، ويَسلَمُ من عَشر جِراحاتٍ.

وهذا إذا كانت الدّابّةُ تُطيقُ حَمْلَ اثنَين، فإن عَلِم أنها لا تُطيقُ ذلك يَضمَنُ كلَّ قِيمتِها؛ لأنه مُتلِفٌ لها، أما إذا كانت تُطيقُ: فالتَّلَفُ حَصَل برُكوبه، وهو مَأذونٌ فيه، وبرُكوب غيرِه، وهو غيرُ مَأذونٍ فيه، فيَتوزَّعُ الضَّمانُ على ذلك نِصفَين.

---

(١) مثبتة من (د) و(هـ).

(٢) الرديف: الذي تحمله خلفك على ظهر الدابة، تقول: أردفته إردافًا، وارتدفته، فهو رديف ورِدْفٌ. «المصباح» ١/ ٢٢٤.

(٣) في سوى (هـ): فعطب.

(٤) في (هـ): ضمن قيمتها.

وبالزِّيادة على الحَمْل الْمُسمّى: ما زاد.

وإن استأجرها ليَحمِلَ عليها مِقدارًا من الحِنطة، فحَمَل عليها أكثَرَ منه، فعَطِبت: ضَمِن ما زاد الثِّقَلُ؛ لأن تلَفَ الدّابّةِ بالثِّقَل، والثِّقَلُ مُنقسِمٌ، فعشَرةُ أجزاءٍ مثلًا مَأذونٌ فيها، وجُزءٌ واحِدٌ غيرُ مَأذونٍ، فانقَسَم عليهما.

إلا إذا كان حِمْلًا لا تُطيقُه مِثلُ تلك الدّابّةِ، فحينَئذٍ يَضمَنُ كلَّ قِيمتِها؛ لأنه خارِجٌ عن العادة، فلم يكن مَأذونًا فيها أصلًا.

وبالضَّرب(س م)، والكبحِ(س م)(١)، ونزعِ السَّرجِ، والإيكافِ أو الإسراجِ بما لا يُسرَجُ بمِثله، وسُلوكِ طَريقٍ غيرِ ما عَيَّنه، وتَفاوَتا، وحَمْلِه في البَحر: الكلَّ، وإن بَلَغ له الأجرُ.

وإن كَبَح الدّابّةَ بلِجامها، أو ضَرَبها، فعَطِبت: ضَمِن عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: لا يَضمَنُ إذا فَعَل فِعلًا مُتعارَفًا؛ لأن بمُطلَق العقدِ يُستفادُ الإذنُ فيما هو مُعتادٌ(٢)، والثّابتُ عُرفًا كالثّابِت شرطًا، والضَّربُ والكبحُ باللِّجام مُعتادٌ في السَّير، فربما لا تَنقادُ الدّابّةُ إلا بهما، فكان الإذنُ ثابِتًا عُرفًا، ولو أذِن فيهما نصًّا لم يَضمَن الْمُستأجِرُ به، فكذا إذا ثَبَت عُرفًا.

وله: أنه ضَرَبها بغَير إذنِ مالِكِها، وذا تَعَدٍّ مُوجِبٌ للضَّمان؛ وهذا لأن الْمُستحَقَّ بالعَقد سيرُ الدّابّةِ لا السَّيرُ بصِفة الجَودةِ، وهو لا يَحتاجُ إلى الضَّرب والكبحِ في أَصل السَّيرِ، وإنما يُستخرَجُ بهما منها نِهايةُ السَّيرِ والجَودةُ فيه، وثُبوتُ الإذنِ بمُطلَق العقدِ يَقتصِرُ على الْمُستحَقِّ بالعَقد، على أنه إن أُبيح له الضَّربُ فيَتقيَّدُ بشَرط السَّلامةِ، كتَعزير

---

(١) كبحها: أي ثنى رأسها وكفُّها كفًّا عنيفًا. «الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» ص١٦٨.

كبح الدابة باللجام: ردها، وهو أن يجذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري. «المغرب» ص٣٩٩.

(٢) في (هـ): متعارف.

الزَّوجِ زَوجتَه، ومشيِه في الطَّريق.

بخِلاف ما إذا أذِن له المالِكُ فيه نصًّا؛ لأن بعدَ الإذنِ فِعلَه كفِعل المالِكِ.

وإن استَأجَرها أو استَعارها إلى الحِيرة، فجاوَز بها إلى القادِسيّةَ، ثم رَدَّها إلى الحِيرة، فنَفَقت: فهو ضامِنٌ.

قِيل: هذا إذا استَأجَرها أو استَعارها إلى الحِيرة ذاهِبًا لا جائِيًا، فأما إذا استَأجَرها أو استَعارها ذاهِبًا وجائِيًا.. فإذا رَدَّها إلى الحِيرة[1] ونَفَقت: فلا ضَمانَ عليه.

وهذا لأنه إذا استَعارها ذاهِبًا وجائِيًا.. فإذا جاوَز الحِيرةَ فلم يَنتهِ العقدُ، فإذا عاد إلى الحِيرة عاد والعقدُ باقٍ، والْمُستعيرُ أو الْمُستأجِرُ مَأمورٌ بالحِفظ مُقتَضى الإجارةِ والإعارةِ؛ إذ لا يُمكِنُهما استِيفاءُ الْمَنفَعةِ إلا بالحِفظ، فما بَقِي العقدُ يَبقى الأمرُ بالحِفظ، فإذا عاد إلى الوِفاق والأمرُ بالحِفظ قائِمٌ فقد صار مُمتثِلًا أمرَ المالِكِ، ويدُ الْمَأمورِ يدُ الآمِرِ، فكان الرَّدُّ إلى يَد الْمَأمورِ كالرَّدِّ إلى الآمِر.

وهذا هو الطَّريقُ في الْمُودَع إذا خالَف ثم عاد إلى الوِفاق، على ما سَبَق في الوَديعة.

فأما إذا استَأجَر أو استَعار ذاهِبًا لا جائِيًا: فالعقدُ انتَهى بالوُصول إلى الحِيرة، وإذا انتَهى العقدُ انتَهى الأمرُ بالحِفظ؛ لأن الأمرَ بالحِفظ ما ثَبَت نصًّا، وإنما ثَبَت مُقتَضى الإجارةِ والإعارةِ، فيَرتفِعُ بارتِفاع الإجارةِ والإعارةِ.

فإذا عاد إلى الحِيرة عاد والأمرُ بالحِفظ ليس بقائِمٍ، فلا يَصيرُ مُمتثِلًا أمرَ المالِكِ، فلا يَعودُ أمينًا، بخِلاف الْمُودَعِ؛ لأن الأمرَ بالحِفظ في الوَديعة ثَبَت قصدًا، وهو مُطلَقٌ، فيَتناوَلُ كلَّ زَمانٍ، ما قبلَ الخِلافِ وما بعدَه.

فإذا عاد إلى الوِفاق عاد والأمرُ بالحِفظ قائِمٌ، فصار مُمتثِلًا أمرَ الآمِرِ.

---

(١) قوله: (إلى الحيرة) مثبت من (أ) و(ج).

وقِيل: لا، بل هو ضامِنٌ في الوَجهَين.

والفرقُ: أن الْمُودَعَ مَأمورٌ بالحِفظ قصدًا ونصًّا من جِهة المالِكِ، وهذا الأمرُ مُطلَقٌ، فيَتناوَلُ كلَّ زَمانٍ، فإذا عاد إلى الوِفاق فقد وُجِد الرَّدُّ إلى من هو مَأمورٌ بالحِفظ من جِهة المالِكِ، فيَبرأُ عن الضَّمان.

أما المالِكُ: فما أمَر الْمُستأجِرَ والْمُستعيرَ بالحِفظ قصدًا ونصًّا، وإنما أمَرهما بالاستِعمال والانتِفاعِ، فكان لهما وِلايةُ الحِفظِ ضَرورةَ الانتِفاعِ، فإذا جاوَز الحِيرةَ صار غاصِبًا للدّابّة، ودَخَلت في ضَمانه، والغاصِبُ لا يَبرأُ عن الضَّمان إلا بالرَّدِّ على المالِك أو على من هو مَأمورٌ بالحِفظ من جِهة المالِكِ، ولم يُوجَد، وهذا أصحُّ، وقِيل: الأوَّلُ أصحُّ.

ومن اكترى حِمارًا بسَرجٍ، فنَزَع السَّرجَ وأوكَفه بإكافٍ لا تُوكَفُ بمِثله الحُمُرُ: يَضمَنُ إجماعًا؛ للعُدول إلى خِلاف الجِنسِ، وإن أوكَفه بإكافٍ تُوكَفُ بمِثله الحُمُرُ: ضَمِن كلَّ القِيمةِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ إذا هَلَك.

وعندَهما: يَضمَنُ الزِّيادةَ؛ لعَدَم الإذنِ في قَدْر الزِّيادةِ؛ وهذا لأن الإكافَ والسَّرجَ جِنسٌ واحِدٌ؛ لكَون كلِّ واحِدٍ منهما أداةً للرُّكوب، فكان الإذنُ بهذا إذنًا بذلك دَلالةً، إلا أنه إذا كان أثقَلَ منه لا يَكونُ إذنًا بتلك الزِّيادةِ.

وله: أن الخِلافَ في الإكاف ثابِتٌ صُورةً ومَعنًى؛ لاختِلافهما هَيئةً وماهِيّةً، فيَضمَنُ القِيمةَ إذا عَطِبت، كما إذا حَمَل الحَديدَ مَكانَ الحِنطةِ.

وإن نَزَع السَّرجَ، وأسرَجه بسَرجٍ يُسرَجُ بمِثله الحُمُرُ: لم يَضمَن؛ لأنه ليس بمُخالِفٍ معنًى، والعِبرةُ للمَعنى، إلا إذا كان زائِدًا عليه في الوَزن، فحينَئذٍ يَضمَنُ الزِّيادةَ، وإن كان لا يُسرَجُ بمِثله الحُمُرُ ضَمِن كلَّ القِيمةِ؛ لأنه يُعَدُّ إتلافًا للدّابّة، كمن أبدَل الحِنطةَ بالحَديد.

وإن استأجر رَجُلًا ليَحمِلَ له مَتاعًا، وعَيَّن له الطَّريقَ، فأخذ في طَريقٍ آخرَ مما يَسلُكُه النّاسُ: فلا ضَمانَ عليه إن هَلَكَ الْمَتاعُ، وإن بَلَغ فله الأجرُ الْمُسمّى.

وهذا إذا لم يكن بينَ الطَّريقَين تَفاوُتٌ؛ لأن عندَ عدَمِ التَّفاوُتِ لا يَصِحُّ التَّعيينُ؛ لأنه لا يُفيدُ، أما إذا كان بينَهما تَفاوُتٌ: يَضمَنُ؛ لصِحّة التَّقييدِ.

وإن كان طَريقًا لا يَسلُكُه النّاسُ، فهَلَكَ: ضَمِن؛ لصِحّة التَّقييدِ، فصار مُخالِفًا.

وإن بَلَغ فله الأجرُ؛ لأنه إذا سَلِم بَطَل جانِبُ الخِلافِ؛ لأن جِنسَ الطُّرُقِ واحِدٌ، فإن حَمَله في البَحر فيما يَحمِلُه النّاسُ ضَمِن إذا تَلِف؛ لأن البحرَ مُتلِفٌ، فقد عَرَّضه للتَّلَف، حتى إن للمُودَع أن يُسافِرَ بالوَديعة في البَرّ دونَ البحرِ، فكان التَّفاوُتُ فاحِشًا بينَ البحرِ والبَرّ في الخَطَر، فإذا قَيَّده بما لا خطَرَ فيه صَحَّ التَّقييدُ، وإذا صَحَّ التَّقييدُ ثَبت الخِلافُ، وإذا ثَبَت الخِلافُ وَجَب الضَّمانُ.

وإن بَلَغ فله الأجرُ الْمُسمّى؛ لأن الْمَقصودَ قد حَصَل، وبالتَّبليغ ارتَفَع التَّفاوُتُ مَعنًى، وإن بَقِي صُورةً.

وبزَرعِ رَطبةٍ وأذِن بالبُرّ: ما نَقَص، ولا أجْرَ.

ومن استأجَر أرضًا ليَزرَعَها بُرًّا، فزَرَعها رَطْبةً: ضَمِن ما نَقَصها؛ لأن الرِّطابَ أعظَمُ ضرَرًا بالأرض من البرّ؛ لانتِشار عُروقِها فيها وكَثرةِ الحاجةِ إلى سَقيها، فكان خِلافًا إلى شرٍّ، فيَضمَنُ ما نَقَصها، ولا أجرَ عليه؛ لأنه صار غاصِبًا، حيث استَغَلّ[1] الأرضَ بجِنسٍ آخرَ غيرِ جِنسِ ما أُمِر به.

وبخياطة قَباءٍ وأُمِر بقَميصٍ: قِيمةَ ثَوبِه، وله أخذُه، ودفعُ[2] أجرِ مِثلِه.

(١) في (هـ): اشغل.

ومن دَفَع إلى خيّاطٍ ثوبًا وأمَره أن يَخيطَه قميصًا بدِرهَمٍ، فخاطه قَباءً، وأقرَّ بالخِلاف: فلربِّ الثَّوبِ الخِيارُ، إن شاء ضَمَّنه قِيمةَ ثَوبِه وتَرَكَ القَباءَ عليه، وإن شاء أخَذ القَباءَ وأَعطاه أجرَ مِثلِه، لا يُجاوِزُ به الْمُسمّى.

قِيل: أَراد بالقَباء القَرطَقَ[1] الذي هو ذو طاقٍ واحِدٍ، فإن هذا القَباءَ يُشبِهُ القَميصَ؛ لأن بعضَ النّاسِ يَستعمِلونه استِعمالَ القَميصِ، فكان مُوافِقًا من وجهٍ مُخالِفًا من وجهٍ، فإن شاء رَضِي به باعتِبار جِهةِ الْمُوافَقةِ، وإن شاء تَرَكه باعتِبار جِهةِ الْمُخالَفةِ.

وقِيل: هو مُجرًى على إطلاقه؛ لأنه أطلَقَ في «الكِتاب» القَباءَ، فدَلَّ ذلك على أن الحُكمَ في الكلِّ واحِدٌ، وقد وُجِد التَّفاوُتُ[2] بينَهما في الْمَنفَعة من حيث دفعُ الحرِّ والبردِ وسَترُ العَورةِ، ولكلِّ واحِدٍ كُمّان وذَيلٌ ودِخريصٌ.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه لا خِيارَ لربِّ الثَّوبِ، والخَيّاطُ ضامِنٌ قِيمةَ ثَوبِه؛ لأن القَباءَ جِنسٌ آخرُ غيرُ جِنسِ القَميصِ، فكان مُخالِفًا من كلِّ وجهٍ، فكان غاصِبًا من كلِّ وجهٍ، وحُكمُ الغاصِبِ من كلِّ وجهٍ هذا.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن الخيّاطَ مُوافِقٌ من وجهٍ ومُخالِفٌ من وجهٍ، فيُخيَّرُ، كما لو خالَفه في خِياطة القَميصِ من حيث الطُّولُ والقِصَرُ.

أما الخِلافُ: فظاهِرٌ، وأما الوِفاقُ: فلأن القَباءَ يُشبِهُ القَميصَ؛ ألا تَرى أنه يُشَدُّ وسَطُه فيَصيرُ بمَنزِلة القَميصِ انتِفاعًا، فإن مال إلى الخِلاف ضَمَّنه قِيمتَه، وكان الثَّوبُ للخَيّاط، وإن مال إلى الوِفاق أخذَ الثَّوبَ وأَعطاه أجرَ مِثلِه دونَ الْمُسمّى؛ لأن جِهةَ الْمُوافَقةِ قاصِرةٌ، وإنما رَضِي بالْمُسمّى بتلك الصِّفةِ الْمَخصوصةِ.

---

(١) القرطق مثال جعفر: ملبوس يشبه القباء، وهو من ملابس العجم. «المصباح» ٢/ ٤٩٨.

(٢) في (ج) و(هـ): التقارب.

فإذا لم يكن على تلك الصِّفةِ وَجب أجرُ الْمِثلِ؛ ألا ترى أنه لو خاطه قَميصًا مُخالِفًا لِما وَصَفه لم يجب الْمُسمّى؛ لفَوت وصفٍ يُقابِلُه الْمُسمّى، فهنا أحقُّ.

ولا يُجاوِزُ به الْمُسمّى، كما هو الحُكمُ في الإِجارة الفاسِدةِ.

ولو خَاطه سَراويلَ، وقد أُمِر بالقَباء.. قِيل: يَضمَنُ من غَير خِيارٍ؛ للتَّفاوُت في الْمَنفَعة، وقِيل: يُخيَّر، وهو الأَصَحُّ[1]؛ لثُبوت الْمُوافَقةِ في أَصل مَنفَعةِ اللُّبسِ والسَّتر، وصار كمن دَفَع إلى رَجُلٍ شَبَهًا[2] ليَضرِبَ له طَسْتًا، فضَرَب له كُوزًا، فإنه يُخيَّر بينَ أن يُضمِّنَه مِثلَ شَبَهِه وبينَ أن يَأخُذَه ويُعطِيَه أجرَ مِثلِ ما عَمِل، فكذا في السَّراويل يَجِبُ أن يَكونَ كذلك.

---

(١) في (هـ): الصحيح.

(٢) الشَّبَه -بفتحتين-: من المعادن، ما يشبه الذهب في لونه، وهو أرفع الصُّفر، والشِّبْه أيضًا والشبيه مثل: كريم. «المصباح» ١/ ٣٠٣.

بَابُ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ

وتَفسُدُ بالشَّرط، ويَجِبُ أجرُ الْمِثلِ، لا يُجاوَزُ(ز ف) به الْمُسمّى.

وتَفسُدُ الإجارةُ بالشَّرط، مِثلُ أن يَستأجِرَ رَحى ماءٍ[1] على أنه إن انقَطَع الماءُ فالأجرُ عليه؛ لأن هذا الشَّرطَ مُخالِفٌ لِمُوجَب العقدِ، فمُوجَبُ العقدِ أن لا يَجِبَ الأجرُ إلا بالتَّمكُّن من استيفاء الْمَعقودِ[2] عليه، وكلُّ شرطٍ يُخالِفُ مُوجَبَ العقدِ فهو مُفسِدٌ للعَقد؛ لأن الإجارةَ بُنِيت على الْمُضايَقة والْمُماكَسةِ، فتَفسُدُ بالشَّرط، كالبَيع؛ لأن اشتِراطَه يَكونُ سببًا للمُنازَعة؛ ألا تَرى أن النِّكاحَ لَمّا بُنِي على الْمُسامَحة والْمُساهَلةِ لا يَفسُدُ بالشَّرط.

والواجِبُ في الإجارة الفاسِدةِ أجرُ الْمِثلِ، لا يُجاوَزُ به الْمُسمّى، أي الواجِبُ الأقلُّ من أجر الْمِثلِ ومن الْمُسمّى.

وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَجِبُ أجرُ الْمِثلِ بالِغًا ما بَلَغ؛ لأن الْمَنافِعَ مُتقوِّمةٌ عندَهما، فإذا تَعذَّر إيجابُ الْمُسمّى للفَساد يَجِبُ الْمَصيرُ إلى القِيمة، كما في بَيع الأعيانِ.

ولنا: أن الْمَنافِعَ غيرُ مُتقوِّمةٍ بنفسها؛ لأن التَّقوُّمَ يَستدعي سَبْقَ الإحرازِ، وما لا يَبقى كيف يُحرَزُ، وإنما صارت مُتقوِّمةً شرعًا بالعَقد: لضَرورة حاجاتِ النّاسِ إليه.

---

(١) في (ب) و(د): رحى على ماء.

(٢) في (أ) و(د): العقود.

ولا يُقالُ: لَمّا كان تَقَوُّمُ الْمَنافِعِ بالعَقد فإذا فَسَد العقدُ يَنبَغي أن لا يَجِبَ شيءٌ: لأن الإجارةَ الفاسِدةَ مُلحَقةٌ بالإجارة الصَّحيحةِ؛ لكَونها تبَعًا لها، والتَّبَعُ يَثبُتُ بحَسَب ثُبوتِ الأصلِ.

وهذا لأن الفاسِدَ[١] مَشروعٌ بأَصله دونَ وصفِه، وفي تَمييزه من الصَّحيح حَرَجٌ، فألحَقناه به، وإذا التَحَق الفاسِدُ بالصَّحيح فيُعتبَرُ في الإجارة الفاسِدةِ ما يُجعَلُ بدَلًا في الصَّحيح عادةً، وهو أجرُ الْمِثلِ.

إلا أنه إذا كان الْمُسمّى أقلَّ يَجِبُ الْمُسمّى؛ لاتِّفاقهما على هذا القَدْرِ، فلم يَظهَر التَّقَوُّمُ فيما زاد على ذلك، وإذا نَقَص أجرُ الْمِثلِ يَجِبُ أجرُ الْمِثلِ؛ لفَساد التَّسميةِ، بخِلاف الْمَبيعِ الْمُعيَّنِ؛ لأن العَينَ مُتقوِّمٌ في نَفسه، فلا يُحتاجُ إلى اعتِبار العقدِ لإظهار القِيمةِ، والْمُوجَبُ الأصليُّ فيها القِيمةُ، فإن صَحَّت التَّسميةُ نُقِل عنها إليها، وإلا لا.

آجَر دارًا كلَّ شهرٍ بدِرهَمٍ: صحَّ في شهرٍ فقط، إلا أن يُسمِّيَ الكلَّ، وكلَّ شهرٍ سَكَن ساعةً[١] منه: صحَّ فيه، ولو سَنةً صحّ، وإن لم يُسَمِّ أجْرَ كلِّ شهرٍ.

وإن آجَر دارًا كلَّ شهرٍ بدِرهَمٍ صَحَّ العقدُ في شهرٍ واحِدٍ، وفَسَد في بَقِيّة الشُّهورِ، إلا أن يُسمّيَ كلَّ الشُّهورِ؛ لأنه لا يُمكِنُ تَصحيحُ العقدِ على جُملة الشُّهورِ؛ لجَهالتها، ولا على ما بينَ الأدنى والكلِّ؛ لعَدَم أولَويّةِ بعضِها على البَعض، فتَعيَّن الأَدنى.

وهذا مَعنى قولِهم: إن كَلِمةَ (كلّ) إذا دَخَلت على ما لا[٢] يُعرَفُ مُنتهاه يُرادُ به أدناه.

فإذا تَمّ الشَّهرُ الأوّلُ فلكلِّ واحِدٍ منهما أن يَنقُضَ الإجارةَ؛ لانتِهاء العقدِ الصَّحيحِ.

---

(١) في (ب) و(د): الفاسدة.

(٢) سقطت من (ب).

ولو سَمّى جُملةَ الشُّهورِ جاز؛ لأن الْمُدّةَ صارت مَعلومةً، فارتَفَع المانِعُ من الجَواز.

فإن سَكَن ساعةً من الشَّهر الثّانِي صَحَّ العقدُ فيه، ولم يكن للمُؤْجِر أن يُخرِجَه إلى أن يَنقضيَ الشَّهرُ إلا بعُذرٍ، وكذا كلُّ شهرٍ سَكَن في أوّله؛ لأن التَّراضيَ منهما بالعَقد يَتِمُّ بالسُّكنى في الشَّهر الثّانِي، وهذا هو القِياسُ، وقد مال إليه بعضُ الْمُتأخِّرين.

وفي ظاهِر الرِّوايةِ: لكلِّ واحِدٍ منهما الخِيارُ في اللَّيلة الأُولى من الشَّهر الدّاخلِ ويومِها؛ لأن ذلك رأسُ الشَّهرِ، وفي اعتِبار الأوَّلِ نوعُ حرَجٍ.

وإن استَأجَر دارًا سنةً بعَشَرة دَراهِمَ صَحّ، وإن لم يُسَمِّ قِسطَ كلِّ شهرٍ من الأُجرة؛ لأن الْمُدّةَ مَعلومةٌ؛ ألا تَرى أن إجارةَ شهرٍ واحِدٍ تَصِحُّ، وإن لم يُسَمِّ قِسطَ كلِّ يومٍ.

وابتِداءُ الْمُدّةِ مُذْ عقَد، فإن كان حِين يُهِلُّ: تُعتبرُ الأهِلّةُ، وإلا فالأيّامُ(س م).

ويُعتبرُ ابتِداءُ الْمُدّةِ مما سَمّى، وإن لم يُسَمِّ شيئًا[1] فهو من الوَقت الذي استَأجَرها؛ لأن الأوقاتَ كلَّها في حُكم الإجارةِ سَواءٌ، وفي مِثله يَتعيَّنُ الزَّمانُ الذي يَعقُبُ السَّببَ، كما في الآجال والأيمانِ، بأن حَلَف لا يُكلِّمُ فُلانًا شهرًا، بخِلاف الصَّومِ؛ فإنه إذا نَذَر أن يَصومَ شهرًا لم يَتعيَّن الشَّهرُ الذي يَلي النَّذرَ؛ لأنه يَختصُّ الشُّروعُ فيه ببَعض الأوقاتِ، حتى إن اللَّيلَ لا يَصلُحُ لذلك.

ثم إن كان العقدُ حينَ يُهَلُّ الهِلالُ فشُهورُ السَّنةِ كلُّها بالأهِلّة؛ لأن الأهِلّةَ أصلٌ في الشُّهور، قال اللهُ تَعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ...﴾ الآيةَ [البقرة: ١٨٩]، والأيّامُ بدَلٌ عن الأهِلّة؛ ألا تَرى إلى قَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «صُوموا لرُؤيته وأفطِروا لرُؤيته، فإن غُمَّ عليكم الهِلالُ فأكمِلوا عِدّة شَعبانَ ثَلاثين يومًا»[2]، وإنما يُصارُ

(١) في (د): شهرًا. وانظر «الهداية» ٣/ ٢٣٧.

(٢) رواه البخاري (١٩٠٩)، ومسلم (١٠٨١).

إلى البَدَل إذا تَعذّر اعتِبارُ الأصلِ.

وإن كان في أَثناء الشَّهرِ: فالكلُّ بالأيّام عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ -وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ-: يُعتبَرُ شهرٌ بالأيّام وأحدَ عشَرَ شهرًا بالأهِلّة؛ لأن الأهِلّةَ أصلٌ، والأيّامَ بدَلٌ، ففي الشَّهر الواحِدِ تَعذَّر اعتِبارُ الأهِلّةِ، وفي أحدَ عشَرَ شهرًا اعتِبارُ ما هو الأصلُ مُمكِنٌ، فلا مَعنى للمَصير إلى البَدَل.

وله: أنه لَمّا تَعذَّر اعتِبارُ الشَّهرِ الأوَّلِ بالأهِلّة تَعذَّر اعتِبارُ الثّاني والثّالثِ أيضًا؛ لأن الشَّهرَ الأوَّلَ لَمّا وَجَب تكميلُه من الشَّهر الثّاني؛ لأنه مُتَّصِلٌ به، انتَقَص الثّاني أيضًا، فوَجَب تَكميلُه من الثّالِث.. هكذا إلى آخِرِ الْمُدّةِ، ونَظيرُه: العِدّةُ.

ويُؤخَذُ أُجرةُ الحَمّامِ والحَجّامِ.

ويَجوزُ أخذُ أُجرةِ الحمّامِ والحجّامِ.

أما الأوَّلُ: فلتَعارُف النّاسِ، وقد قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ما رَآه الْمُسلِمون حسَنًا فهو عندَ اللهِ حسَنٌ»[1]، وقد صَحَّ أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ دَخَل حمّامَ جُحفةَ[2].

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٣٣: غريبٌ مرفوعًا، ولم أجده إلا موقوفًا على ابن مسعود... إلى آخره، وهو عند الحاكم (٤٤٦٥).

(٢) روى البيهقي (٩١٣٧) عن عكرمة: عن ابن عباس أنه دخل حمامًا وهو بالجحفة وهو محرم، وقال: ما يعبأ الله بأوساخنا شيئًا.

وروى أيضًا (٧٠٥) عن محمد بن زياد الألهاني قال: كان ثوبان جارًا لنا، وكان يدخل الحمام، فقلت له، فقال: كان النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يدخل الحَمّام ويتَنَوَّرُ.

وقال في «كشف الخفا» ١/ ٤١٥: (دخوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ حمام الجحفة): لا يصح، فقد قال ابن حجر في «شرح الشمائل»: موضوع باتفاق الحفاظ، لكن قال القاري: ذكره الدميري في «شرح المنهاج»=

وما فيها من الجَهالة ساقِطُ العِبرةِ؛ لِمَكان الضَّرورةِ.

وأما الثّاني: فلأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ احتَجَم وأَعطى الحجّامَ أجْرَه[1]، ولو كان حَرامًا لم يُعطِه إيّاه؛ لأنه كما لا يَحِلُّ أكلُ الحَرامِ لا يَحِلُّ دفعُه لغَيره ليأكُلَ[2].

وقولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «من السُّحت كسبُ الحجّامِ»[3] مَنسوخٌ بما رَوَينا.

لا عَسْبِ التَّيسِ[4]، والأذانِ[ف]، والحجِّ[ف]، والغِناءِ، والنَّوحِ[5]،..............

= في الكلام على الماء المسخن، وذكر النووي في «شرح المهذب» أنه ضعيف جدًّا، فقول شيخنا ابن حجر المكي في «شرح الشمائل» من أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دخل حمام الجحفة.. موضوع باتفاق الحفاظ، وإن وقع في كلام الدميري وغيره، ولم يُعرف الحمام في بلادهم إلا بعد موته صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ليس في محله، وكيف يكون موضوعًا باتفاق الحفاظ مع إثبات الحافظ الدميري له، وتضعيف النووي، إذ لا يخفى التفاوت بين الضعيف والموضوع، مع أن الإثبات مقدم على النفي المصنوع. انتهى.

(١) رواه البخاري (٢٢٧٨)، ومسلم (١٢٠٢).

(٢) في (هـ): ليأكله.

(٣) رواه الإمام محمد في «الأصل» ٤/ ١٩، والبزار (٩٣٢٠)، وأبو عوانة (٥٢٨٨) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٦٠٢٤)، وجاء النهي عن كسبه بألفاظ أخرى في السنن الأربعة وغيرها.

(٤) قال في «الطلبة» ص١٢٦: عن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ: أنه نهى عن عسب التيس. هو إكراؤه، من حد ضرب، وقيل: هو ضِرابه، قال زهير:

ولولا عسبه لتركتموه ... وشر منيحة أيرٌ مُعار

فعلى التفسير الأول: هو استهلاك العين؛ لأن ماء الفحل عين، والاستئجار على استهلاك العين باطل، وهو أخذ الأجر على العلوق، وهو مجهول، وعلى التفسير الثاني: هو نهي عن نفس الضراب، وتركه قطع النسل، وهو غير سديد، فلا ينبغي أن يكون النهي عنه، فعلى هذا فيه إضمار، وهو أخذ أجر ضراب الفحل. انتهى.

(٥) النَّوح: بكاء مع صوت. «المغرب» ص٤٧٣. =

والمَلاهِي[1].

ولا يَجوزُ أخذُ أجرةِ عَسْبِ التَّيسِ، وهو أن يُؤْجِرَ فحلًا لينزوَ على الإناث؛ لأنه استِجارٌ لاستيفاء العَينِ قصدًا، أو لأمرٍ مَوهومٍ، وهو الإحبالُ.

ولا يَجوزُ الاستِجارُ على الأذان، والحجِّ، والإمامةِ، وتَعليمِ القُرآنِ والفِقهِ.

ثم المَذهَبُ عندَنا: أن كلَّ طاعةٍ يَختصُّ بها المُسلِمُ فالاستِجارُ عليه باطِلٌ.

وعندَ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: كلُّ ما لا يَتعيَّنُ على الأَجير إقامتُه فالاستِئجارُ عليه صَحيحٌ[2].

له: أنه استِجارٌ على عمَلٍ مَعلومٍ غيرِ مُتعيِّنٍ عليه، فيَجوزُ، كالاستِئجار على بِناء المَسجِدِ.

ولنا: قولُه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «اقرؤُوا القُرآنَ ولا تَأكُلوا به»[3]، وقال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ لعُثمانَ بنِ أبي العاصِ: «صَلِّ بالقَوم صَلاةَ أضعَفِهم، وإن اتَّخذتَ مُؤذِّنًا فلا تَأخُذ على الأذان أجرًا»[4].

= النوحة: الندبة على الميت، وذلك بأن تبكي عليه وتعدد محاسنه، والنياحة الاسم. «التعريفات الفقهية» ص٢٣٣.

(١) الملاهي: آلات اللهو، واحدها في القياس مِلهى -بكسر الميم- أو مِلهاة بالهاء. «الطلبة» ص٧٨.
الملاهي: آلات اللهو، كالعود والطنبور والنرد ونحوها. «لغة الفقهاء» ص٤٥٨.

(٢) في (هـ): جائز صحيح.

(٣) رواه الإمام أحمد (١٥٥٣٥)، وابن أبي شيبة (٧٧٤٢)، والبزار (١٠٤٤)، وأبو يعلى (١٥١٨)، والطبراني في «الأوسط» (٢٥٧٤)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٣٥.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٣٩: الحديث الخامس: وفي آخر ما عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ عثمان بن أبي العاص: «وإن اتخذت مؤذنًا فلا تأخذ على الأذان أجرًا»؛ قلت: أخرجه أصحاب السنن=

ولأن القُربةَ متى وَقَعت يَقَعُ ثَوابُها للفاعِلِ لا لغَيره، ولهذا يُعتبَرُ كونُه أهلًا للقُربة، وتُشترَطُ نِيَّتُه لا نِيَّةُ الآمِرِ، ولو انتَقَل فِعلُه إلى الآمِرِ تُشترَطُ نِيَّةُ الآمِرِ وأهلِيَّتُه، كما في الزَّكاة، فكان أخذُ الأجرِ على عَمَلِ نفسِه لا للمُستأجِرِ، فلا يَجوزُ، كما في الصَّوم والصَّلاةِ.

والفَتوى على أنه يَجوزُ الاستِئجارُ على تَعليم القُرآنِ اليومَ؛ لأن المنعَ في ذلك

= الأربعة بطرق مختلفة، فأبو داود (٥٣١) والنسائي (٦٧٢) عن حماد بن سلمة عن سعيد الجريري عن أبي العلاء عن مطرف بن عبد الله عن عثمان بن أبي العاص قال: قلت: يا رسول الله! اجعلني إمام قومي، قال: «أنت إمامهم، [واقتد بأضعفهم] واتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا». انتهى. وكذلك رواه أحمد في «مسنده» (١٦٢٧٠)، والحاكم في «المستدرك» (٧١٥) وقال: على شرط مسلم. انتهى.

وأخرجه الترمذي (٢٠٩) وابن ماجه (٧١٤) عن أشعث بن سوار عن الحسن عن عثمان بن أبي العاص قال: إن من آخر ما عهد إلي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن أتخذ مؤذنًا لا يأخذ على الأذان أجرًا. انتهى، قال الترمذي: حديث حسن، وأخرجه ابن ماجه أيضًا (٩٨٧) من طريق محمد بن إسحاق عن سعيد بن أبي هند عن مطرف به، ورواه ابن سعد في «الطبقات» (٧/ ٤٠) مرسلًا، فقال: أخبرنا محمد بن عبيد الطنافسي حدثني عمرو بن عثمان عن موسى بن طلحة قال: بعث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عثمان ابن أبي العاص على الطائف، وقال له: «صل بهم صلاة أضعفهم، ولا يأخذ مؤذنك على الأذان أجرًا». انتهى، ذكره في ترجمة عثمان.

حديث آخر: رواه البخاري في «تاريخه» (٣/ ٤٨٥) عن شبابة بن سوار حدثني المغيرة بن مسلم عن سعيد بن طهمان القطيعي عن مغيرة بن شعبة قال: قلت: يا رسول الله! اجعلني إمام قومي، قال: «قد فعلت»، ثم قال: «صل بصلاة أضعف القوم، ولا تتخذ مؤذنًا يأخذ على الأذان أجرًا». انتهى، ذكره في ترجمة سعيد بن طهمان.

أثر آخر: أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٩/ ١٥) عن حماد بن زيد عن يحيى البكاء قال: سمعت رجلًا قال لابن عمر: إني أحبك في الله، فقال له ابن عمر: وأنا أبغضك في الله، قال: سبحان الله! أنا أحبك في الله، وأنت تبغضني في الله؟ قال: نعم، فإنك تأخذ على أذانك أجرًا. انتهى، قال ابن عدي: ويحيى البكاء ليس بذاك المعروف، ولا له كثير رواية. انتهى.

الزَّمانِ لِرَغبة النّاسِ في التَّعليم حِسبةً، ومُروءةِ الْمُتعلِّمين في مُجازاة الإحسانِ بالإحسان بلا شرطٍ، وفي زَمانِنا: قد زال الْمَعْنَيان، ففي الامتِناع عنه تَضييعُ حِفظِ القُرآنِ.

ولا يَبعُدُ أن يَختلِفَ الحُكمُ باختِلاف الأوقاتِ؛ ألا تَرى أن النِّساءَ يَخرُجْنَ إلى الجَماعات في زَمَن رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأبي بكرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، حتى مَنَعهنَّ عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن ذلك[1].

وكذا يُفتى بجَواز الإجارةِ على تَعليم الفِقهِ، قال مشايِخُنا رَحِمَهُمُ اللهُ: يُجبَرُ الأبُ على دَفع الأجرِ إلى الأُستاذ، وكذا يُجبَرُ على الحَلْوة الْمَرسومةِ.

وقال الإمام الخِيزَاخَزِيُّ: في زَمانِنا يَجوزُ لِلإمام والْمُؤذِّنِ والْمُعلِّمِ أخذُ الأجرِ، كذا في «الرَّوضة»[2].

ولا يَجوزُ الاستِئجارُ على الغِناء والنَّوحِ وسائِرِ الْمَلاهِي، كالْمِزمار والطَّبلِ؛ لأن الاستِئجارَ على الْمَعصِية باطِلٌ؛ وهذا لأن بعَقد الإجارةِ يُستحَقُّ تَسليمُ الْمَعقودِ عليه

---

(١) حضور النساء الجماعات في زمان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: رواه البخاري (٨٦٥) ومسلم (٤٤٢).
وقالت السيدة عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا كما في البخاري (٨٦٩)، ومسلم (٤٤٥): لو أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأى ما أحدث النساء لمنعهن المسجد، كما مُنعت نساء بني إسرائيل.
وأما منع سيدنا عمر فلم أقف عليه، ووقفت على عدم المنع، كما روى البخاري (٩٠٠) عن ابن عمر، قال: كانت امرأة لعمر تشهد صلاة الصبح والعشاء في الجماعة في المسجد، فقيل لها: لم تخرجين وقد تعلمين أن عمر يكره ذلك ويغار؟ قالت: وما يمنعه أن ينهاني؟ قال: يمنعه قول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله». ورواه عبد الرزاق (٥١١١) أوضح من ذلك أيضًا، حيث روى أن عاتكة بنتَ زيدِ بنِ عمرِو بنِ نفيل، وكانت تحت عمر بن الخطاب، وكانت تشهد الصلاة في المسجد، وكان عمر يقول لها: والله إنك لتعلمين ما أحب هذا، فقالت: والله لا أنتهي حتى تنهاني، قال: إني لا أنهاك، قالت: فلقد طُعِن عمرُ يوم طعن، وإنها لفي المسجد.

(٢) في (ج): الذخيرة.

شرعًا، ولا يَجوزُ أن يُستحَقَّ على الْمَرء شيءٌ يَكونُ عاصِيًا به شرعًا.

وفَسَد(س م ف) إجارةُ الْمُشاعِ، إلا من الشَّريك.

وتَفسُدُ إجارةُ الْمُشاعِ إلا من الشَّريك عندَ أبي حنيفة وزفرَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، فيما يُقسَمُ وفيما لا يُقسَمُ.

وعندَ أبي يوسف ومحمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمُٱللَّهُ: يَجوزُ، ويَتهايَآن فيه، ويُجبَران على ذلك.

وصُورتُه: أن يُؤْجِرَ نَصيبًا من داره، أو نَصيبَه من دارٍ مُشتركَةٍ من غَير الشَّريكِ، أو يُؤْجِرَ نِصفَ عبدٍ أو نِصفَ دابّةٍ.

لهم: أن هذا عقدُ مُعاوَضةٍ، فيَجوزُ في الشّائع، كالبَيع؛ وهذا لأن مُوجَبَ الإجارةِ مِلكُ الْمَنفَعةِ، وللجُزء الشّائعِ مَنفَعةٌ، ولهذا إذا سَكَن الْمُستأجِرُ فيها يَجِبُ أجرُ الْمِثلِ على قَول أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ، ولو كانت فائِتةً أصلًا لَمَا انعقَد أصلًا، كالإجارة على مَنافِعِ الرَّضيعِ، والتَّسليمُ مُمكِنٌ بالتَّخلِية أو بالتَّهايُؤ، فصار كما لو آجَر من شَريكه، ولو كان الشُّيوعُ مانِعًا لَمَا جاز من شَريكه، كالهِبة، ولو آجَر من رَجُلَين يَجوزُ، وكلُّ واحِدٍ من الْمُستأجِرَين يَملِكُ مَنفعةَ النِّصفِ شائِعًا.

ولأنه لو أعار نِصفَ دارِه شائِعًا يَصِحُّ، وأثَرُ الشُّيوعِ في مَنع التَّبرُّعِ أكثَرُ في الْمَنع من الْمُعاوَضة، كما في الهِبة مع البيعِ، فإذا جاز تَمليكُ مَنفَعةِ نِصفِ الدّارِ بطَريق التَّبرُّعِ فبطَريق الْمُعاوَضةِ أولى.

ولهما: انه تَعذَّر استيفاءُ الْمَنفَعةِ على الوَجه الذي اقتَضاه العقدُ، فلا يَصِحُّ؛ وهذا لأن استيفاءَ الْمَنفَعةِ من النِّصف شائِعًا لا يُتصوَّرُ؛ إذ الانتِفاعُ أمرٌ حِسّيٌّ، والشّائعُ لا يَحتمِلُه، فالسُّكنى من السّاكِن لا تُتصوَّرُ في جُزءٍ شائِعٍ، وإنما يَحُلُّ جُزءًا عينًا، وكذا

سائِرُ الانتِفاعاتِ لا تُتصوَّرُ في الشّائِع.

وإذا لم يُتصوَّر استيفاءُ الْمَنفَعةِ من الجُزء الشّائِعِ فهو بإضافة العقدِ إليه مُلتزِمٌ تَسليمَ ما لا يَقدِرُ على تَسليمه، فيَفسُدُ، كما لو آجر العبدَ الآبِقَ.

وهذا لأن شرطَ صِحّةِ العقدِ أن يَكونَ مَقدورَ التَّسليمِ في نَفسه، وتَسليمُ الْمُشاعِ وحدَه لا يُتصوَّرُ، وإنما يُتصوَّرُ بطَريقَين: إما بتَسليم كلِّ الدّارِ في كلِّ الْمُدّةِ، وهو باطِلٌ؛ لأن العقدَ لم يَتناوَل كلَّ الدّارِ في كلِّ الْمُدّةِ، وهو لا يُسلِّمُ كلَّ الدّارِ في كلِّ الْمُدّةِ باختِياره؛ إذ فيه ضرَرٌ عَظيمٌ، أو بتَسليم كلِّ الدّارِ في نِصف الْمُدّةِ إن تَهايَآ[1] زَمانًا، وهو باطِلٌ أيضًا؛ لأن التَّهايُؤَ إنما يُستحَقُّ حُكمًا لِملك الْمَنفَعةِ، ومِلكُ الْمَنفَعةِ حُكمُ عقدِ الإجارةِ.

وكونُه مَقدورَ التَّسليمِ شرطُ العقدِ، وشرطُ الشَّيءِ يَسبِقُه، وحُكمُ الشَّيءِ يَعقُبُه أو يُقارِنُه، فلا يَصلُحُ[2] شرطَ جَوازِ العقدِ؛ لئلا يَنقلِبَ الحُكمُ شرطًا؛ وهذا لأنه لا وُجودَ للحُكم إلا بصِحّة العقدِ، ولا صِحّةَ للعَقد إلا به من حيث هو شرطٌ، فلا يَصِحُّ أبدًا.

والتَّخليةُ إنما اعتُبِرت تَسليمًا إذا كانت تَمكينًا، وإنما تكونُ تَمكينًا إذا حَصَل بها التَّمكُّنُ، والتَّمكُّنُ لا يَحصُلُ به، فلم يُعتبَر فِعلُه تَمكينًا، بخِلاف البيعِ؛ لحُصول التَّمكُّنِ ثَمّ.

وأما إذا آجَر من شَريكه: فالكلُّ يَحدُثُ على مِلكه، فلا يَظهَرُ مَعنى الشُّيوعِ، وإنما يَظهَرُ الاختِلافُ في حقِّ السَّبَبِ، فالبعضُ بحُكم الْمِلكِ، والبعضُ بحُكم الإجارةِ، ولا عِبرةَ لاختِلاف السَّبَبِ مع اتِّحادِ الحُكمِ.

وإذا لم يَظهَر الشُّيوعُ صَحَّ العقدُ، على أنه لا يَصَحُّ في رِوايةٍ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛

---

(١) في (أ) و(هـ): أن يتهايآ.

(٢) في (د): فلا يصح.

لأن استِيفاءَ الْمَنفَعةِ التي تَناوَلها العقدُ لا يَتأتّى إلا بغَيرِها، وهو مَنفَعةُ نَصيبِه، وذلك مُفسِدٌ للإجارة، كمن استَأجَر أحدَ زَوجَي الْمِقراضِ لِمَنفَعة قرضِ الثِّيابِ، فإنه لا يَجوزُ؛ لأن استِيفاءَ الْمَعقودِ عليه لا يُمكِنُ إلا بما لم يَتناوَله العقدُ.

وإن مات أحدُ الْمُستأجِرَين حتى بَطَل العقدُ في نَصيبِه.. فعن أبي حنيفة[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَفسُدُ العقدُ في حقِّ الآخرِ؛ لأن الإجارةَ يَتجدَّدُ انعِقادُها بحَسَب حُدوثِ الْمَنفَعةِ، فكان هذا كشُيوعٍ مُقترِنٍ بالعَقد.

وفي ظاهِر الرِّوايةِ: يَبقى العقدُ في حقِّ الآخرِ؛ لأن تَجدُّدَ الانعِقادِ في حقِّ الْمَعقودِ عليه، فأما أصلُ العقدِ: فمُنعقِدٌ لازِمٌ في الحال، وباعتِبار هذا الْمَعنى الشُّيوعُ طارِئٌ، والشُّيوعُ الطارِئُ لا يُبطِلُ العقدَ، كما في الهِبة إذا وَهَب كلَّ الدّارِ وسَلَّمها، ثم رَجَع في نِصفها.

وهذا لأن شرطَ العقدِ قد وُجِد، وصَحَّ العقدُ، وبَقاءُ الشَّرطُ ليس بشرطٍ لبَقاء العقدِ، ولأن الشُّيوعَ إنما يَبطُلُ لفَوت القُدرةِ، ولا قُدرةَ تُشترَطُ في حال البَقاءِ، كالعَبد يَأبِقُ بعدَ العقدِ.

وأما إذا آجَر من رَجُلَين: فلأن العقدَ أُضِيف إلى كلِّ الدّارِ، ولا شُيوعَ فيه، وإنما الشُّيوعُ يَظهَرُ حُكمًا لتَفرُّق الْمِلكِ فيما بينَهما، وهو طارِئٌ.

وإنما أُوجِب أجرُ الْمِثلِ إذا سَكَن: لأن الفَسادَ للعَجز عن التَّسليم، فلا يَمنَعُ الانعِقادَ على الفَساد، كما إذا باع عبدًا آبِقًا بألف دِرهَمٍ، فإن العقدَ يَنعقِدُ على الفَساد، حتى إذا قَبَض الألفَ مَلَكها بحُكم[2] العقدِ الفاسِدِ.

---

(١) في (هـ): أبي يوسف.

(٢) في (د): بملك.

والْمَمَرِّ بلا بَيانٍ(س م).

ولو استأجَر طَريقًا لتَمُرَّ فيها، ولم يُبيِّن مَوضِعَه: لم يَجُز عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، خِلافًا لهما، وهو فرعُ اختِلافِهم في إجارة الْمُشاعِ.

لا الظِّئرِ(١)، ولو بطَعامِها(س م ف) وكِسوتِها(س م ف).

ويَجوزُ استِئجارُ الظِّئرِ بأُجرةٍ مَعلومةٍ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطّلاق: ٦]، والْمُرادُ: بعدَ الطَّلاقِ، وبُعِث رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والنّاسُ يَتعامَلونه، فأقَرَّهم عليه(٢).

ولأن الحاجةَ ماسّةٌ إليه؛ إذ الصَّغيرُ لا يَتربّى إلا بلَبَنِ الآدَميّةِ، والأُمُّ قد تَعجِزُ عن الإرضاعِ لمَرَضٍ أو موتٍ أو حبَلٍ، فلا يَحصُلُ الْمَقصودُ إلا باستِئجار الظِّئرِ.

ثم قِيل: إن الْمَعقودَ عليه الْمَنفَعةُ، وهو القِيامُ بخِدمة الصَّبيِّ وما يَحتاجُ إليه، واللَّبَنُ يُستحَقُّ تبَعًا، على مِثال الصِّبغِ في صَبغ الثَّوبِ، فيَصِحُّ إذا كانت الأُجرةُ مَعلومةً؛ اعتِبارًا بالاستِئجار على الخِدمة.

---

(١) أي لا تفسد إجارة الظئر، بل تجوز. والظئر: العاطفةُ على ولد غيرها، المرضعةُ، الحاضنةُ والحاضن. «التعريفات الفقهية» ص١٣٩.

الظئر بهمزة ساكنة ويجوز تخفيفها: الناقة تعطف على ولد غيرها، ومنه قيل للمرأة الأجنبية تحضن ولد غيرها ظئر، وللرجل الحاضن ظئر أيضًا، والجمع أظآر، مثل حِمل وأحمال، وربما جمعت المرأة على ظئار بكسر الظاء وضمها، وظأرت أظأر بفتحتين: اتخذت ظئرًا. «المصباح» ٢/ ٣٨٨.

(٢) قال في «الهداية» ٣/ ٢٣٩: ولأن التعامل به كان جاريًا على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقبله وأقرهم عليه. انتهى. وبيض له في «نصب الراية» ٤/ ١٤٠ و«الدراية» ٢/ ١٨٩. انتهى.

قلت: ويمكن الاستدلال برضاعه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند السيدة حليمة السعدية رضي الله تعالى عنها، وهو مشهور في كتب الحديث والسيرة.

وقِيل: إن العقدَ يَرِدُ على اللَّبَن؛ لأنه المَقصودُ[1]، والقِيامُ بمَصالِحه تَبَعٌ، ولهذا لو أرضَعَتْه بلَبَن شاةٍ لا تَستحِقُّ الأجرَ، وإن قامت بمَصالِحه، فلو كان اللَّبَنُ تَبَعًا ولم يكن البدَلُ بمُقابَلته.. لاستَوجَبت الأجرَ، وإليه مال شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

والصَّحيحُ هو الأوَّلُ؛ لأن عقدَ الإجارةِ لا يَنعقِدُ على إتلاف الأعيانِ قصدًا، كما لو استأجَر بقَرةً أو شاةً مُدّةً مَعلومةً ليَشرَبَ لبَنَها.

ويَجوزُ بطَعامها وكِسوتِها استِحسانًا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: لا يَجوزُ قِياسًا، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ إذ الأُجرةُ مَجهولةٌ؛ لأن الطَّعامَ مَجهولُ الجِنسِ والقَدْرِ والصِّفةِ، والكِسوةُ كذلك، فلا يَصِحُّ، كما لو استأجَرها للخَبز والطَّبخِ بطَعامها وكِسوتِها.

وله: أن الجَهالةَ إنما تُفسِدُ العُقودَ لِما أنها تُفضِي إلى المُنازَعة لا لعَينها، وهذه الجَهالةُ لا تُفضِي إلى المُنازَعة؛ لأن العادةَ الظّاهرةَ بينَ النّاسِ التَّوسِعةُ على الأَظآر، والجريُ على مُوجَب مُرادِهنّ؛ لأن مَنفَعة ذلك تَرجِعُ إلى أَولادهم، فصار كبَيع قَفيزٍ من صُبرةٍ، بخِلاف الخَبزِ والطَّبخِ[2] وغيرِ ذلك؛ لأن الجَهالةَ ثَمَّ تُفضِي إلى المُنازَعة؛ لجَرَيان العادةِ بالمُناقَشة والاستِقصاءِ فيها.

فإن سَمّى الطَّعامَ دَراهِمَ، ووَصَف جِنسَ الكِسوةِ وأجَلَها وذَرْعَها: جاز إجماعًا.

ومَعنى تَسميةِ الطَّعامِ دَراهِمَ: أن يَجعَلَ الأُجرةَ دَراهِمَ، ثم يَستبدِلَ بها طَعامًا، فيَصِحُّ؛ لأنه لا جَهالةَ فيه.

ولو سَمّى الطَّعامَ وبيَّن قَدْرَه وصِفتَه: جاز أيضًا؛ لِما بيَّنّا.

---

(١) في (ب) و(د): المعقود.

(٢) في (هـ): الخبز والطحن والطبخ.

ولا يُشتَرَطُ تَأجيلُ الطَّعامِ؛ لأن الْمَكيلَ أو الْمَوزونَ إذا كان مَوصوفًا غيرَ مُشارٍ ثَمَنٌ؛ بدَليل ثُبوتِه في الذِّمّة، فلا يُشترَطُ بَيانُ الأجَلِ، ولكن يُشترَطُ بيانُ مَكانِ الإيفاءِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن له حَملًا ومُؤنةً، وقد مَرَّ في البُيوع.

وإن استَأجَرها بثِيابٍ يُشترَطُ فيه جَميعُ شَرائطِ السَّلَمِ، من بَيان الأجَلِ، وبَيانِ القَدْرِ والجِنسِ؛ لأن وُجوبَ الثِّيابِ دَينًا في الذِّمّة عُرِف شرعًا بخِلاف القِياسِ، والشَّرعُ إنما وَرَد بطَريق السَّلَمِ، فيُشترَطُ جميعُ شَرائطِ السَّلَمِ.

ولا يُمنَعُ مِن وطئِها، فإن حَبِلت، أو مَرِضت: فُسِخت.

وليس للمُستأجِر أن يَمنَعَ زوجَها مِن وطئِها؛ لأن الوطءَ حقٌّ مُستحَقٌّ له قبلَ عقدِ الإجارةِ بحُكم عقدِ النِّكاحِ، وعقدُ النِّكاحِ باقٍ بعدَ الإجارةِ، فيَبقى ما كان حقًّا له.

فإن كان لها زوجٌ، فآجَرت نفسَها ظِئرًا بغَير إذنِه: فله أن يَفسَخَ الإجارةَ، سَواءٌ كان الزَّوجُ ممن يَشينُه أن تكونَ امرَأتُه ظِئرًا أوْ لا؛ لأن هذه الإجارةَ تُوجِبُ خللًا في حَقِّ الزَّوجِ، وللزَّوج أن يَمنَعَ امرَأتَه عما يُوجِبُ خللًا في حقِّه.

وهذا إذا كان الزَّوجُ مَعروفًا، فأما إذا كان لا يُعرَفُ أنها امرَأتُه إلا بقَولها: فليس له أن يَنقُضَ الإجارةَ؛ لأن العقدَ قد لَزِمها، وقولُها غيرُ مَقبولٍ في حقِّ من استأجَرها.

وللمُستأجِر أن يَمنَعَه من غِشْيانها في مَنزِله؛ لأن الْمَنزِلَ له، فلا يَكونُ له أن يَدخُلَه إلا بإذنه.

فإن حَبِلت أو مَرِضت فلهم أن يَفسَخوا الإجارةَ؛ لأن لبَنَ الحامِلِ أو الْمَريضةِ يُضِرُّ بالصَّبيِّ.

وعليها إصلاحُ طَعامِ الصَّبِيِّ، فإن أرضَعت بلَبَن شاةٍ: لا أجْرَ.

وعليها إصلاحُ طَعامِ الصَّبيِّ وغَسلُ ثِيابِه؛ لأن العادةَ فيما بينَ النّاسِ أن الظِّئرَ هي التي تَتولّى ذلك، فصار ذلك كالْمَشروط؛ وهذا لأن هذه الأشياءَ من تَوابع الإرضاعِ[1].

والأصلُ: أن الإجارةَ إذا وَقَعت على عمَلٍ فما كان من تَوابع ذلك العمَلِ، ولم يُشترَط في الإجارة على الأجير: فالْمَرجعُ فيه العُرفُ، وطَعامُ الصَّبيِّ على أبِيه، وعلى الظِّئر أن تُهيِّئَه؛ للعُرف.

وما ذَكَر[2] محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الدُّهنَ والرَّيحانَ على الظِّئر.. فذا من عادة أهلِ الكُوفةِ.

فإن أرضعَتْه في الْمُدّة بلَبَن شاةٍ: فلا أجرَ لها؛ لأن هذا لا يُسمّى إرضاعًا، بل هو إيجارٌ، فلم تَأتِ بعمَلٍ مُستحَقٍّ عليها، فلم تَستحِقَّ الأجرَ.

واستِئجارُه[3] ليَقتُلَ قِصاصًا(م)، أو يَنسِجَ غَزْلَه بنِصفه، أو يَحمِلَ طَعامَه بقَفيزٍ منه، أو يَخبِزَ له كذا اليومَ(س م) بدِرهَمٍ.

ومن استَأجَر إنسانًا ليَقتُلَ قاتِلَ ولِيِّه قِصاصًا لم يَجُز.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ؛ لأنه عمَلٌ مَعلومٌ، فصار كذَبح الشّاةِ.

ولهما: أنه لا تَعارُفَ فيه، وجَوازُ الإجارةِ بالتَّعارُف.

ومن دَفَع إلى حائِكٍ غَزْلًا ليَنسُجَ له بالنِّصف أو بالثُّلُث: فالإجارةُ فاسِدةٌ، والثَّوبُ لربِّ الغَزْلِ، وللحائِك أجرُ الْمِثلِ.

وكذا إذا استَأجَر رَجُلًا ليَحمِلَ له طَعامًا بقَفيزٍ منه، أو استَأجَر حِمارًا ليَحمِلَ عليه

(١) في (د): ذلك العمل.

(٢) في (هـ): ذكره.

(٣) أي وفسد استئجاره.

طَعامًا بقَفيزٍ منه: فإنه لا يَجوزُ، وإن حَمَله فله أجرُ مِثلِه، ولا يُجاوَزُ بالأَجر قَفيزًا.

أما فَسادُ الإجارةِ: فلأنه جَعَل الأجرَ بعضَ ما يَحدُثُ من عَمَله، فكان في مَعنى قَفيزِ الطَّحّانِ، وقد نَهى النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن قَفيز الطَّحّانِ[1]، وهو: أن يَستأجِرَ رَجُلًا أو ثَورًا ليَطحَنَ حِنطتَه هذه بقَفيزٍ من دَقيقها.

ولأن الْمُسمّى غيرُ مَقدورِ التَّسليمِ عندَ العقدِ؛ إذ هو بعضُ الْمَنسوجِ أو الْمَحمولِ، والْمُستأجِرُ عاجِزٌ عن تَسليم ما سَمّاه، وإنما يَصيرُ مَقدورَ التَّسليمِ بفِعل الغيرِ، فلا يُعَدُّ قادِرًا قبلَ حُصولِه.

ولأنه جَعَل الأجرَ ما لا يُمكِنُ تَسليمُه إلا بعَمَل الأجيرِ الذي يُستحَقُّ عليه بحُكم العقدِ، وهو القَفيزُ من دَقيقها، فتَصيرُ القُدرةُ على التَّسليم التي هي شرطُ العقدِ قائمةً بحُكم العقدِ، فتَصيرُ بمَنزِلة حُكمِ العقدِ، والشَّرطُ لا يَصلُحُ حُكمًا، فكذا لا يَصلُحُ قائِمًا بحُكمه.

وأما وُجوبُ أجرِ الْمِثلِ: فلأنه سَلِم له الْمَعقودُ عليه؛ لأن العامِلَ لم يَصِر شَريكًا في العَين؛ لأنه إنما شُرِط له قَفيزٌ مَحمولٌ، وليس بمَحمولٍ في ابتِداء[2] التَّسليمِ.

بخِلاف ما إذا استأجَره ليَحمِلَ نِصفَ طَعامِه بالنِّصف الآخرِ؛ حيث لا يَجِبُ الأجرُ؛ لأن الْمُستأجِرَ ثَمَّ مَلَّكه الأجرَ في الحال بالتَّعجيل، فصار حامِلًا طَعامًا مُشترَكًا بينَهما، وبحَمل طَعامٍ مُشترَكٍ بينَهما لا يَجِبُ الأجرُ؛ لِما نُبيِّنُه إن شاء اللهُ تَعالى.

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٢٩٨٥)، وأبو يعلى في «مسنده» (١٠٢٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٨٥٤). قال في «المصباح» ٢/ ٥١١: وقَفِيز الطحان معروف، ونهي عنه، وصورته أن يقول: استأجرتك على طحن هذه الحنطة برِطل دقيق منها مَثَلًا، وسواء كان مع ذلك غيرُه أو لا.

(٢) في (هـ): أثناء.

ولا يَلزَمُ أن الإجارةَ هنا وإن صادَفت محَلًا غيرَ مُشترَكٍ بينَهما ابتِداءً.. فقد صادَفت محَلًّا مُشترَكًا انتِهاءً: لأن العمَلَ يَتِمُّ والمحَلُّ مُشترَكٌ؛ لأنه يَجِبُ[1] بعضُ الأجرِ بابتِداء العمَلِ لأنها لو صادَفت محَلًّا غيرَ مُشترَكٍ ابتِداءً وانتِهاءً يَنعقِدُ جائِزًا، ولو صادَفت محَلًّا مُشترَكًا ابتِداءً وانتِهاءً لا يَنعقِدُ أصلًا، فإذا صادَفت محَلًّا غيرَ مُشترَكٍ ابتِداءً ومحَلًّا مُشترَكًا انتِهاءً: لم يَمنَع الانعِقادَ، ومَنَع الجوازَ.

ولا يُجاوِزُ بالأَجر قَفيزًا؛ لأن الإجارةَ لَمّا فَسَدت وَجَب الأقلُّ من الْمُسمّى ومن أَجر الْمِثلِ؛ لرِضاه بحطِّ الزِّيادةِ.

وهذا بخِلاف ما لو اشتَرَكا في الاحتِطاب، فاحتَطَب أحَدُهما، وجَمَعه الآخرُ؛ فإنه يَجِبُ الأجرُ بالِغًا ما بَلَغ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ؛ لأن الْمُسمّى غيرُ مَعلومٍ ثَمّ، فلا يَصِحُّ الحطُّ.

ومن استَأجَر رَجُلًا ليَخبِزَ[2] له هذه العشَرةَ الْمَخاتيمِ[3] اليومَ بدِرهَمٍ: فهو فاسِدٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: جائِزٌ؛ لأن العقدَ وَقَع على عمَلٍ مَعلومٍ ببدَلٍ مَعلومٍ، فصار كما لو لم يُذكَر الوقتُ؛ وهذا لأن الْمَعقودَ عليه هو العمَلُ؛ لأنه الْمَقصودُ في الإجارات، وذِكرُ الوقتِ مَحمولٌ على التَّعجيل لا لتَعليق العقدِ به؛ تَصحيحًا للعَقد، حتى لو فَرَغ منه في نِصف النَّهارِ فله الأجرُ كامِلًا، ولو لم يَفرَغ في اليَوم فعليه أن يَعمَلَه في الغَد؛ لأنه صار أجيرًا مُشترَكًا.

---

(١) في (هـ): لا يجب.

(٢) كذا في (ط)، وفي باقي النسخ غير منقوطة.

(٣) مخاتيم: جمع مختوم، وهو مكيال معروف عندهم. «الطلبة» ص٩٨.

وله: أن الْمَعقودَ عليه مَجهولٌ، وجَهالةُ الْمَعقودِ عليه تُفسِدُ العقدَ؛ وهذا لأن ذِكرَ الوقتِ يَدُلُّ على أن الْمَعقودَ عليه الْمَنفَعةُ؛ إذ الوقتُ يَختصُّ بتَقدير الْمَنفَعةِ، وذِكرُ العمَلِ[1] يَدُلُّ على أن الْمَعقودَ عليه العمَلُ.

والجمعُ بينَهما غيرُ مُمكِنٍ؛ لأن العمَلَ متى صار مَعقودًا عليه لم يَجِب الأجرُ إلا بالعَمَل، ومتى صار الْمَعقودُ عليه الْمَنفَعةَ يَجِبُ الأجرُ بتَسليم النَّفسِ، وأغراضُ النّاسِ في ذلك مُختلِفةٌ، فلا يَتعيَّنُ أحَدُهما مَعقودًا عليه؛ لوُجود التَّعارُضِ وعدَمِ التَّرجيحِ؛ إذ مَقصودُ الْمُستأجِرِ العمَلُ؛ لأن نفعَه فيه، ومَقصودُ الأجيرِ الوقتُ؛ لأن نفعَه فيه؛ لأنه يَستحِقُّ الأجرَ بالتَّسليم وإن لم يَعمَل.

وجَهالةُ الْمَعقودِ عليه تَمنَعُ جَوازَ العقدِ؛ للإفضاء إلى الْمُنازَعة؛ فإنه إذا فَرَغ من العَمَل قبلَ مُضِيِّ اليومِ فللمُستأجِر أن يَقولَ: (مَنافِعُك في بَقِيّة الْمُدّةِ حقِّي باعتِبار تَسميةِ الوقتِ، وأنا أستَعمِلُك)، وإذا لم يَفرَغ من العَمَل إلى اليوم فللأجير أن يَقولَ عندَ مُضِيِّ اليومِ: (قد انتَهى العقدُ بانتِهاء الْمُدّةِ).

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه تَصِحُّ الإجارةُ إذا قال: (في اليَوم)؛ لأنه للظَّرف لا للمُدّة، فكان الْمَعقودُ عليه العمَلَ، بخِلاف قولِه: (اليومَ): لأنه للمُدّة، وقد مَرَّ نَظيرُه في الطَّلاق.

واستِئجارُ عُرْسِه[2] للخَبْز[ف]، والطَّبخ[ف]، والإرضاعِ[ف].

وإذا استأجَر عُرْسَه للخَبز والطَّبخِ وإرضاعِ الولَدِ: لا يَصِحُّ؛ لأنه استأجَرها على

---

(١) في (أ): البدل.

(٢) عرس الرجل -بالكسر-: امرأته، والجمع أعراس، مثل حِمل وأحمال، وقد يقال للرجل عرس أيضًا. «المصباح» ٢/ ٤٠١.

عملٍ هو عليها شرعًا؛ فإنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ جعَل أعمالَ داخِلِ البيتِ على فاطِمةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا، وأعمالَ خارِجِ البيتِ على عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ(١).

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَصِحُّ، ويَجِبُ الأجرُ إذا عَمِلت، كما بعدَ الإبانةِ.

وأرضٍ(٢) على أن يُثنِّيها(٣)، ....

(١) لعل مما يستدل به على هذا ما رواه الإمام أحمد (٨٣٨) عن علي: أن رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ لما زوجه فاطمة بعث معه بخميلة، ووسادة من أدم حشوها ليف، ورحيين وسقاء وجرتين، فقال علي لفاطمة ذات يوم: والله لقد سَنَوت حتى لقد اشتكيت صدري، قال: وقد جاء الله أباك بسبي، فاذهبي فاستخدميه، فقالت: وأنا والله قد طحنت حتى مجلت يداي، فأتت النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، فقال: «ما جاء بك أي بنية؟»، قالت: جئت لأسلم عليك، واستحيَتْ أن تسأله ورجعت، فقال: ما فعلت؟ قالت: استحييت أن أسأله، فأتيناه جميعًا، فقال علي: يا رسول الله! والله لقد سنوت حتى اشتكيت صدري، وقالت فاطمة: قد طحنت حتى مجلت يداي، وقد جاءك الله بسبي وسعة فأخدمنا، فقال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «والله لا أعطيكما وأدع أهل الصفة تطوى بطونهم لا أجد ما أنفق عليهم، ولكني أبيعهم وأنفق عليهم أثمانهم»، فرجعا، فأتاهما النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ وقد دخلا في قطيفتهما، إذا غطت رؤوسهما تكشفت أقدامهما، وإذا غطيا أقدامهما تكشفت رؤوسهما، فثارا، فقال: «مكانكما»، ثم قال: «ألا أخبركما بخير مما سألتماني؟»، قالا: بلى! فقال: «كلمات علمنيهن جبريل»، فقال: «تسبحان في دبر كل صلاة عشرًا، وتحمدان عشرًا، وتكبران عشرًا، وإذا أويتما إلى فراشكما فسبحا ثلاثًا وثلاثين، واحمدا ثلاثًا وثلاثين، وكبرا أربعًا وثلاثين»، قال: فو الله ما تركتهن منذ علمنيهن رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، قال: فقال له ابن الكواء: ولا ليلة صفين؟ فقال: قاتلكم الله يا أهل العراق! نعم، ولا ليلة صفين.

وأصله عند البخاري (٥٣٦١).

(٢) أي وفسد استئجار أرض...

(٣) ثنيت الأرض ثَنْيًا: كربتها مرتين، وثلثتها: كربتها ثلاثًا، فهي مثنية ومثلوثة، وقد جاء في كلام محمد رَحِمَهُٱللَّهُ التثنية والثُّنيان بمعنى الثَّني كثيرًا، ومَن فسر الثنية بالكِراب بعد الحصاد أو برد الأرض إلى صاحبها مكروبةً فقد سها. «المغرب» ص٧٠. بتصرف.

أو يَكْرِيَ[1] أنهارَها، أو يُسَرْقِنَها[2]، وصحَّ شرطُ السَّقيِ والكِرابِ[3]، أو ليَزرَعَها بزِراعة أرضٍ أُخرى.

وإن استأجَر أرضًا وشَرَط عليه أن يُثنّيها، أو يَكرِيَ أنهارَها، أو يُسَرْقِنَها: فهو فاسِدٌ، ولو استأجَر أرضًا على أن يَسقِيَها أو يَكرُبَها: فهو جائِزٌ.

وأصلُه: أن الشَّرطَ متى كان من مُقتَضَيات العقدِ فلا يُفسِدُه، وإلا يُفسِدُه.

ثم شرطُ السَّقيِ والكِرابِ مما يَقتَضيه العقدُ؛ لأن الزِّراعةَ لا تَتأتّى إلا بهما.

وأما التَّثنيةُ -وهو أن يَرُدَّ الأرضَ مَكروبةً، أو يَكرُبَها مرّتَين في مَوضِعٍ تُخرِجُ الأرضَ الرَّيعَ بالكِراب مرّةً- والْمُدّةُ سنةٌ واحِدةٌ: فشرطٌ مُخالِفٌ لِمُقتضى العقدِ، ولأحَد العاقِدَين فيه مَنفَعةٌ.

أما على التَّفسير الأوَّلِ: فلأن ربَّ الأرضِ يَنتفِعُ به خاصّةً.

وأما على الثّاني: فلأن مَنفَعةَ الكِرابِ مرّتَين تَبقى بعدَ انقِضاءِ مُدّةِ الإجارةِ، حتى لو كانت الْمُدّةُ ثَلاثَ سِنينَ بحيث لا تَبقى مَنفَعتُه لا يَفسُدُ العقدُ.

وكذا لو كانت الأرضُ في بَلدةٍ تَحتاجُ إلى تكرار الكِرابِ ليَخرُجَ الرَّيعُ: لا يَكونُ هذا الشَّرطُ مُفسِدًا للعَقد؛ لأنه يَكونُ من مُقتَضيات العقدِ حينَئذٍ.

وأما إذا شَرَط عليه أن يُسَرْقِنَها: فإنما يَفسُدُ العقدُ إذا بَقِيت مَنفَعتُه بعدَ انقِضاءِ الْمُدّةِ، أما إذا لم تَبقَ: فلا يَفسُدُ العقدُ.

وأما إذا شَرَط كَرْيَ الأنهارِ: فلأنه شرطٌ لا يَقتَضيه العقدُ؛ لأنه من جُملة التَّمكينِ

---

(١) كري الأنهار: حفرها. «الطلبة» ص١٠٦.

(٢) أي يجعل السّرقين عليها، وهو الزِّبل، وهو معرب، ويقال له السرجين. «مجمع الأنهر» ٢/ ٣٨٩.

(٣) كَرَبت الأرضَ -من باب قتل- كِرابًا بالكسر: قلبتها للحرث. «المصباح» ٢/ ٥٢٩.

من الانتِفاع، وذلك مُستحَقٌّ على الْمُؤْجِر، فاشتِراطُه على الْمُستأجِر مُخالِفٌ مُقتَضى العقدِ.

وليس الْمُرادُ بكَرْيِ الأنهارِ الجَداوِلَ في **الصَّحيح**؛ فإن اشتِراطَ كَرْيِ الجَداولِ صَحيحٌ؛ لأنه لا يَبقى أثَرُه إلى العام الثّانِي، فكان الْمُستأجِرُ هو الْمُنتفِعَ به خاصّةً دونَ غيرِه، وهو واجِبٌ على الْمُستأجِر بدُون الشَّرطِ، فإذا شَرَط على الْمُستأجِر فقط شَرَط ما يَقتَضيه العقدُ، فلا يَفسُد العقدُ.

وإنما الْمُرادُ بها: الأنهارُ العِظامُ، فاسمُ الأنهارِ على الإطلاق لا يَتناولُ الجَداولَ؛ لأن مَنفَعةَ كَرْيِها تَبقى إلى العام الثّانِي، فقد شَرَط الْمُؤْجِرُ عليه عمَلًا يَختصُّ هو بمَنفَعته، فيُفسِدُه.

وإن آجَر أرضًا ليَزرَعَها بزِراعة أرضٍ أُخرى، أو دارَه ليَسكُنَها بسُكنى دارٍ أُخرى، أو دابّتَه ليَركَبَها برُكوب دابّةٍ أُخرى، أو ثَوبَه ليَلبَسَه بلُبس ثَوبٍ آخَرَ: لا يَجوزُ عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجوزُ؛ لأن الْمَنافِعَ كالأعيان عندَه، ومُبادَلةُ[1] العَينِ بالعَينِ بجِنسه أو بخِلاف جِنسِه صَحيحةٌ عندَ الْمُساواةِ، ولهذا تَصِحُّ الإجارةُ ببَدَل دَينٍ، ولو لم يكن في حُكم العَينِ لكان بيعَ الدَّينِ بالدَّين.

وكذا السُّكنى بالخِدمة يَصِحُّ، ولم يُجعَل دَينًا بدَينٍ، فكذا إذا قُوبِل بجِنسه.

ولنا: ما حُكِيَ أن ابنَ سَماعةَ كَتَب إلى محمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وقال: لم لا تَجوزُ إجارةُ سُكنى دارٍ بسُكنى دارٍ؟ فكَتَب محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في جَوابه: إنك أطَلتَ الفِكرةَ فأصابَتْك الحَيرةُ، وجالَست الحِنّائيَّ[2]، وكانت منك زَلّةٌ، أمَا عَلِمتَ أن إجارةَ سُكنى دارٍ بسُكنى

---

(١) في (أ): وعنده مبادلة.

(٢) قال في العناية ٩/ ١١٣: الحنائي اسم رجل محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه=

دارٍ كبَيع قُوهيٍّ بقُوهيٍّ[1] نَسيئةً؟!

بَيانُه: أن الْمَعقودَ عليه ما يَحدُثُ من الْمَنفعة، وذا غيرُ مَوجودٍ في الحال، فإذا اتَّحَد الجِنسُ كان كمُبادَلة الشَّيءِ بجِنسه نَسيئةً، والجِنسُ بانفِراده يُحرِّمُ النَّساءَ عندَنا، بخِلاف ما إذا اختَلَف الجِنسُ؛ لأن النَّساءَ في الجِنس الْمُختلِفِ ليس بحَرامٍ، كما لو أسلَم قُوهِيًّا في مَرْويٍّ.

ولأنّا إنما جَوَّزنا الإجارةَ بخِلاف القِياسِ؛ لِمِساس الحاجةِ إليها، والحاجةُ لا تَمَسُّ عندَ اتِّحادِ الجِنسِ، وإنما تَمَسُّ عندَ اختِلافِ الجِنسِ، والكَمالُ من باب الفُضولِ، والإجارةُ ما شُرِعت لابتِغاء الفُضولِ.

وأرضٍ لم يَذكُر أنه يَزرَعُها، أو أيَّ شيءٍ يَزرَعُها، فإن زَرَعها ومَضى الأجَلُ: له الْمُسمّى(ز).

ومن استَأْجَر أرضًا ولم يَذكُر أنه يَزرَعُها، أو ذَكَر أنه يَزرَعُها، ولكن لم يَذكُر أيَّ شيءٍ يَزرَعُها: فالإجارةُ فاسِدةٌ.

أما الأوَّلُ: فلأن الأرضَ تُستأجَرُ للزِّراعة وللبِناء والغَرْسِ، فما لم يُبيِّن شيئًا من ذلك لم يَصِر الْمَعقودُ عليه مَعلومًا.

وأما الثّاني: فلتَفاوُت أنواعِ الزِّراعاتِ، وبعضُها يُضِرُّ بالأَرض، فما لم يُبيِّن شيئًا من ذلك لم يَصِر الْمَعقودُ عليه مَعلومًا.

فإن زَرَع نوعًا من هذه الأنواعِ، ومَضى الأجَلُ: فله الْمُسمّى، ويَنقلِبُ العقدُ جائزًا

= المسائل ويقول: لا برهان لكم عليها.

(١) ثوب قوهي: منسوب إلى قوهستان، كورة من كور فارس. «المغرب» ص٣٩٧.

القوهي: ضرب من الثياب أبيض. «المختار» ص٢٦٣.

استِحسانًا.

والقِياسُ: أن يَجِبَ أجرُ الْمِثلِ، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه استَوفى الْمَعقودَ عليه بحُكم عقدٍ فاسِدٍ، وما وَقَع فاسِدًا لا يَنقلِبُ جائزًا.

ولنا: أن الْمَعقودَ عليه صار مَعلومًا قبلَ مُضِيِّ الأجَلِ، فيَرتفِعُ الفَسادُ، وهو كالبَيع إلى الحَصاد والدِّياسِ إذا أسقَط الأجَلَ قبلَ أوانِ الحَصادِ، وكإِسقاط الخِيارِ الزّائدِ في الْمُدّة، فإنه يَنقلِبُ جائزًا استِحسانًا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وحِمارٍ إلى مَكّةَ، ولم يُسَمِّ ما يَحمِلُ، فإن حَمَل ما يُحمَلُ، فنَفَق: لم يَضمَن، وإن بَلَغ له الْمُسمّى[ز].

ومن استَأجَر حِمارًا إلى مكّةَ بدِينارٍ، ولم يُسَمِّ ما يَحمِلُ عليه: فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لتَفاوُت الْمَحمولِ.

فإن حَمَل عليه ما يَحمِلُ النّاسُ على مِثله، فنَفَق في الطَّريق: لم يَضمَن؛ لأن العَينَ الْمُستأجَرةَ أمانةٌ في يَد الْمُستأجِرِ، وإن كانت الإجارةُ فاسِدةً؛ لأن حُكمَ الفاسِدِ يُؤخَذُ من الجائزِ.

فإن بَلَغ الْمَكانَ الْمُسمّى فله الْمُسمّى استِحسانًا، وفي القِياس: يَجِبُ أجرُ الْمِثلِ؛ لِما مَرّ.

وإن تَشاحّا[1] قبلَ الزَّرعِ والحَمْلِ: نُقِضت، وإن تَعدّى وضَمِن، أو حَمَل طَعامًا مُشتركًا[ل]: لا أجرَ، كما بعدَ الجُحودِ[م] في الطَّريق.

---

(١) الشُّحُّ البخل... وتشاح القوم بالتضعيف: إذا شح بعضهم على بعض. «المصباح» ١/ ٣٠٦.
وتشاحّ الرجلان على الأمر: لا يريدان أن يفوتهما. «مختار الصحاح» ص١٦٢.

فإن تَشاحّا قبلَ الحملِ هنا، وقبلَ الزَّرعِ في الْمَسألة الأُولى: نُقِضت الإجارةُ؛ دفعًا للفَساد، ولو تَعدّى الْمُستأجِرُ وضَمِن: لا يَجِبُ الأجرُ؛ لأنه صار غاصِبًا للعَين، فكان هذا إتلافًا للمَنافِعِ بطَريق الغصبِ، لا استِيفاءً للمَنافِعِ الْمَملوكةِ بالعَقد، فلم يَجِب عليه بدَلُها.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَسقُطُ الأجرُ؛ لأنها مُلحَقةٌ بالعَين عندَه، وثَمَنُ الْمَبيعِ لا يَسقُطُ بجِناية الْمُشتَري على مالٍ آخرَ للبائِع.

وإذا كان الطَّعامُ مُشتركًا بينَ رَجُلَين، فاستَأجَر أحَدُهما صاحِبَه أو حِمارَ صاحِبِه ليَحمِلَ نَصيبَه منه إلى مَكانِ كذا، فحَمَل الطَّعامَ كلَّه: فلا أجرَ له، لا الْمُسمّى ولا أجرُ الْمِثلِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ، وله الْمُسمّى؛ لأن الإجارةَ بيعٌ، فيَصِحُّ في الشّائع، كبَيعِ العَينِ، خُصوصًا على أَصله؛ لأن الْمَنفَعةَ كالعَين عندَه، وصار كما إذا استَأجَر دارًا مُشتركةً بينَه وبينَ غيرِه ليَضَعَ فيها الطَّعامَ، أو عبدًا مُشتركًا ليَخيطَ[1] له الثِّيابَ بدِرهَمٍ.

ولنا: أن العقدَ وَرَد على ما لا يَحتمِلُ الوُجودَ، فبطَل، ولا يَنعقِدُ، كإجارة ما لا مَنفَعةَ له؛ وهذا لأن الْمَعقودَ عليه حَملُ النِّصفِ الشّائعِ، وحَملُ النِّصفِ الشّائعِ غيرُ مُتصوَّرٍ؛ لأن الحملَ فِعلٌ حِسِّيٌ لا يُتعقَّلُ[2] في الشّائع، بخِلاف البيعِ؛ لأنه تَصرُّفٌ شَرعيٌّ، وهو يَحتمِلُه، وإذا لم يَنعقِد لا يَجِبُ الأجرُ أصلًا.

ولأن ما من جُزءٍ يَحمِلُه من الطَّعام إلا وهو شَريكٌ فيه، فيَكونُ عامِلًا لنَفسه، فلا يَتحقَّقُ تَسليمُ الْمَعقودِ عليه؛ لأن كونَه عامِلًا لنَفسه يَمنَعُ تَسليمَ عمَلِه إلى الغَير، وبدُون

(١) في (ب): ليحفظ.

(٢) في سوى (أ) و(ج): لا ينفعل.

التَّسليمِ لا يَجِبُ الأجرُ، غايةُ الأمرِ: أنه عامِلٌ للغَير أيضًا، لكنْ جعْلُه عامِلًا لنَفسه أولى؛ لأن الأصلَ أن الإنسانَ يَعمَلُ لنَفسه، مع ما فيه من تَمليك الْمَنافِعِ الْمَعدومةِ.

ولأنه لو كان عامِلًا لنَفسه لا يَجِبُ الأجرُ، ولو كان عامِلًا للغَير يَجِبُ، فلا يَجِبُ بالشَّكِّ.

ولا يُقالُ: الْمَحمولُ لَمّا كان مُشتركًا وَجب أن يَقَعَ الحَملُ مُشتركًا: لأن وُقوعَ الحَملِ مُشتركًا مُحالٌ؛ لأنه عَرَضٌ، وهو لا يَتجزّى.

بخِلاف الدّارِ الْمُشتركةِ؛ لأن الْمَعقودَ عليه ثَمَّ الْمَنافِعُ، ويَتحقَّقُ تَسليمُها بلا وَضع الطَّعامِ، وبخِلاف العبدِ؛ لأن الْمَعقودَ عليه ثَمَّ مِلكُ نَصيبِ صاحِبِه، والْمِلكُ وصفٌ حُكميٌّ، والشّائعُ يَقبَلُ الصِّفاتِ الحُكميّةَ.

ولو استأجَر دابّةً، ثم جَحَد الإجارةَ في بَعض الطَّريقِ: وَجب أجرُ ما رَكِب قبلَ الإنكارِ، ولا يَجِبُ الأجرُ لِما بعدَه عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه بالجُحود صار غاصِبًا، والأجرُ والضَّمانُ لا يَجتمِعان.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ الأجرُ كلُّه؛ لأنه سَلِم من الاستِعمال، فسَقَط الضَّمانُ، واللهُ أعلَمُ.

بَابُ ضَمَانِ الأَجِيرِ

و(فَعيلٌ) بمَعنى (مُفاعِلٍ).

وفي «الْمُجمَل»: آجَرتُ الرَّجُلَ مُؤاجَرةً: إذا جَعلتُ له على فِعله أُجرةً، وفي باب (فاعَلَ) من «جامِع» الغُوريِّ: آجَره الدّارَ، وهكذا في «دِيوان الأدَبِ» والْمَصادِرِ، وفي كِتاب «العَينِ»: آجَرتُ مَملوكِي، أُؤْجِرُه، إيجارًا، فهو مُؤْجَرٌ.

وفي «الأَساس»: آجَرني دارَه، فاستَأجَرتُها، وهو[1] مُؤْجِرٌ، ولا تَقُل: (مُؤاجِرٌ)؛ فإنه خطأٌ وقَبيحٌ، وليس (آجَرَ) هذا (فاعَلَ)، ولكن (أفعَلَ)، وإنما الذي (فاعَلَ[2]) قولُك: (آجَر الأجيرَ مُؤاجَرةً).

واسمُ الفاعِلِ من نَحو (آجَره الدّارَ): مُؤجِرٌ، والآجِرُ في مَعناه غَلَطٌ، إلا أن يُقالَ: إنه نَظيرُ قولِهم: (مَكانٌ عاشِبٌ) في مَعنى: مُعشِبٌ.

الأجيرُ الْمُشترَكُ[3] لا يَستحِقُّ الأجرَ حتى يَعمَلَ، كالصَّبّاغ، والقَصّارِ.

الأُجَراءُ على ضَربَين: أجيرٌ مُشترَكٌ، وأجيرٌ خاصٌّ.

فالأجيرُ الْمُشترَكُ: من لا يَستحِقُّ الأجرَ حتى يَعمَلَ، ويَعمَلُ لغَير واحِدٍ، كالصَّبّاغ والقصّارِ؛ لأن الْمَعقودَ عليه إذا كان هو العمَلَ أو الوصفَ الذي يَحدُثُ في العَين بعَمَله..

---

(١) في (د): فهو.

(٢) في (هـ): هو فاعل.

(٣) الأجير المشترك: من يعمل لغير واحد، كالخياط والصباغ. «الدستور» ١/ ٣١.

لا يَمتنِعُ عليه تَقبُّلُ مِثلِ ذلك العمَلِ لغَيرِه؛ لأن ما استَحقَّه الأوَّلُ في حُكمِ الدَّينِ في ذِمّته.

وهو نَظيرُ السَّلَمِ؛ فإنِ الْمُسلَمَ فيه لَمّا كان دَينًا في ذِمّته لا يَتعذَّرُ عليه قَبولُ السَّلَمِ من غَيرِه، ولهذا سُمِّي مُشتَركًا؛ لأن له أن يَعمَلَ لمن شاء، ولم تَصِر مَنافِعُه مُستحَقّةً لواحِدٍ.

ولا يَضمَنُ بهلاكِ العَينِ (س م).

والْمَتاعُ[1] أمانةٌ في يَده، إن هَلَكت لم يَضمَن شيئًا عندَ أبي حنيفة وزفرَ والحسَنِ بنِ زِيادٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وهو القِياسُ، سَواءٌ هَلَك بأمرٍ يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، كالسَّرِقة والغصبِ، أو بأمرٍ لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، كالحَريق الغالِبِ، والغارةِ الغالِبةِ، والْمُكابَرةِ.

وقالا: إن هَلَك بأمرٍ لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه فلا ضَمانَ، وإن هَلَك بأمرٍ يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، فعليه الضَّمانُ استِحسانًا؛ لأن عمرَ وعليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كانا يُضمِّنان الأجيرَ الْمُشترَكَ احتِياطًا لأموال النّاسِ[2].

ولأن الْمَعقودَ عليه أيضًا[3] هو الحِفظُ، وعقدُ الْمُعاوَضةِ يَقتَضي سَلامةَ الْمَعقودِ عليه عن العَيب، فيَكونُ الْمُستحَقُّ بالعَقد حِفظًا سَليمًا عن عَيبٍ سَبَّب الهَلاكَ الذي لا يَقَعُ إلا لتَقصيره في الحِفظ، ولو بالَغ لاندَفَع، فإذا هَلَك بجِهةٍ يُمكِنُ الاحتِرازُ عنها، كالغَصب والسَّرِقةِ.. صار بالتَّقصير تارِكًا ذلك الحِفظِ الذي ضَمِنه له بعَقده، فيَضمَنُ، كالوَديعة إذا كانت بأجرٍ.

---

(١) في (ب): والمنافع.

(٢) أثر سيدنا عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: رواه ابن أبي شيبة (٢١٠٥٠)، وأثر سيدنا عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: عند ابن أبي شيبة (٢٠٤٨٥) والذي بعده، وروى عنه أيضًا (٢٠٤٩٦) أنه لا يضمنه. وانظر: نصب «الراية» ٤/ ١٤١، و«الدراية» ٢/ ١٩٠.

(٣) سقطت من (أ) و(ج).

وصار مِثلَ الدِّقِّ، فالْمُستحَقُّ بالعَقد دِقٌّ سَليمٌ عن عَيب التَّخرُّقِ، فإذا تَخرَّق كان ضامِنًا؛ وهذا لأنه لا يُتوصَّلُ إلى إقامة العمَلِ إلا بالحِفظ، والعمَلُ السَّليمُ مُستحَقٌّ عليه، وما لا يُتوصَّلُ إلى الْمُستحَقِّ إلا به يَكونُ مُستحَقًّا، إلا أن ما لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه يَكونُ عفوًا، كالْمَوت حَتْفَ أنفِه، والحَرْقِ الغالِبِ، وغيرِهما؛ لأن الحِفظَ عنه غيرُ واجِبٍ، فلا يَضمَنُ؛ لعَدَم الجِنايةِ والتَّقصيرِ منه.

وله: أن العَينَ أمانةٌ عندَه؛ لأنه قَبَض العَينَ بإذن المالِكِ لِمَنفَعته، وهي إقامةُ العمَلِ فيه له، فلا يَكونُ مَضمونًا عليه، كالْمُودَع وأجيرِ الوَحْدِ؛ وهذا لأن الضَّمانَ إنما يَجِبُ بالتَّعدِّي أو بالعَقد، ولم يُوجَد واحِدٌ منهما.

أما التَّعدِّي: فلأنه قَبَض بإذن المالِكِ.

وأما العقدُ: فلأنه وَرَد على العَمَل لا على العَين، فلا يَصيرُ العَينُ به مَضمونًا، ولهذا لو هَلَك بما لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه لا يَضمَنُ، ولو كان مَضمونًا لَضَمِنه، كالْمَغصوب.

وأما الحِفظُ: فغيرُ مَعقودٍ عليه، لكنه وَسيلةٌ إليه، ولهذا لا يُقابَلُ بالأَجر بحالٍ، وجعلُ العَينِ تابِعًا للعَمَل قلبُ الحَقيقةِ، فلا يُصارُ إليه إلا عن ضَرورةٍ، كما في الحَبس؛ إذ لا يُقدَرُ على حَبس أثَرِ فِعلِه إلا بحَبس العَينِ، بخِلاف الْمُودَعِ بأجرٍ؛ لأن الحِفظَ مُستحَقٌّ عليه مَقصودًا؛ إذ العقدُ عقدُ حِفظٍ، والأَجرُ في مُقابَلة الحِفظِ.

وعن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: أنه كان لا يُضمِّنُ القصّارَ والصَّبّاغَ وغيرَ ذلك(١)، فكانت(٢) الْمَسألةُ مُختلَفةً بينَ الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم، فلا يَجِبُ تَقليدُ البعضِ.

---

(١) رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٧٢١)، والإمام محمد في «الأصل» ٣/ ٤٣٠. وانظر التخريج السابق.

(٢) في (ب): وكأن، وفي (د) و(هـ): وكانت.

وضَمِن(زف) ما تَلِف بعَمَله، كتَخرُّق ثَوبٍ بدَقِّه، وزَلَقِ[1] حَمّالٍ، وانقِطاعِ حَبْلٍ يَشُدُّ به الحِمْلَ، وغَرَقِ فُلْكٍ بمَدِّه، إلا[2] الآدَميَّ.

وضَمِن ما تَلِف بعَمَله، كتَخرُّق الثَّوبِ بدَقِّه وزَلَقِ الحمّالِ، وانقِطاعِ الحبلِ الذي يَشُدُّ به الْمُكارِي الحِمْلَ، وغرَقِ السَّفينةِ من مَدِّه.

وقال زفرُ والشّافعيّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا ضَمانَ عليه؛ لأنه مَأذونٌ فيه، فلا يَكونُ مَضمونًا عليه، كالْمُعِين في الدَّقِّ وأجيرِ الوَحْدِ؛ وهذا لأنه أمَره بالفِعل مُطلَقًا، فيَنتظِمُه بنَوعَيه الْمَعيبِ والسَّليمِ.

وأما التَّخرُّقُ: فلضَعفٍ في الثَّوب، ولئن[3] كان لِمَعنًى في فِعله فالاحتِرازُ عنه غيرُ مُمكنٍ؛ إذ الدَّقُّ الْمُصلِحُ ليس في وُسعه، ولئن[4] كان في وُسعه فلا يُمكِنُه التَّحرُّزُ عنه إلا بحرَجٍ، وما فيه حرَجٌ مُلحَقٌ بما ليس في الوُسع، وهو كالبَزّاغ، والفصّادِ، والحجّامِ، والختّانِ، فإنه لا يَجِبُ الضَّمانُ عليهم إذا سَرى إلى النَّفْس لهذا الْمَعنى.

ولنا: أن التَّلَفَ حَصَل بعمَلٍ غيرِ مَأذونٍ فيه، فيَكونُ مَضمونًا، كما لو دَقَّ الثَّوبَ بغَير أمرِه؛ وهذا لأن الدّاخلَ تحتَ الإذنِ ما هو الدّاخلُ تحتَ العقدِ، والدّاخلُ تحتَ العقدِ العمَلُ الْمُصلِحُ؛ لأن الإذنَ إنما ثَبَت ضِمنًا للعَقد، والعقدُ انعَقَد على السَّليم؛ لأن مُطلَقَ عقدِ الْمُعاوَضةِ يَقتَضي سَلامةَ الْمَعقودِ عليه عن العُيوب، كما مَرَّ في البُيوع.

---

(١) زَلِقت القدم زَلَقًا -من باب تعب-: لم تثبت حتى سقطت، ويعدى بالألف والتشديد، فيقال أزلقته وزَلَّقته فتزلق. «المصباح» ١/ ٢٥٤.

(٢) في (ع): بمدة لا، وفي (ف): بشده إلا.

(٣) في (أ) و(ج): وإن.

(٤) في (أ) و(ج): وإن.

فإذا ثَبَت أن الْمَعقودَ عليه السَّليمُ ثَبَت أن الْمُفسِدَ غيرُ مَعقودٍ عليه، فلا يَكونُ مَأذونًا فيه، كما لو وَصَف نوعًا من الدِّق، فجاء بنوعٍ آخرَ.

بخلاف مُعينِ القصّارِ؛ لأنه مُتبرِّعٌ، وعمَلُ الْمُتبرِّعِ لا يَتقيَّدُ بوَصف السَّلامةِ؛ لئلا يَمتنِعَ عنه مَخافةَ الغَرامةِ، وهنا يَعمَلُ بالأَجر، فيَتقيَّدُ بوَصف السَّلامةِ.

وبخِلاف البَزّاغِ والفصّادِ ونحوِهما؛ لأن العقدَ لم يَتناوَل العمَلَ الصّالحَ؛ لأن نفسَ ذلك العمَلِ إفسادٌ، وإنما السَّلامةُ الْمَطلوبةُ من العَمَل أن لا يُجاوِزَ القَدْرَ الْمُقدَّرَ، ومتى جاوَز ضَمِن، وهنا الْمُلتزَمُ بالعَقد الدِّقُّ الْمُزيِّنُ الْمُحسِّنُ.

ولأنه لا يُمكِنُ الاحتِرازُ عن العَمَل السّاري؛ لأن السِّرايةَ والاقتِصارَ يَتبَعان قُوّةَ المحَلِّ على احتِمال الألَمِ، وسَيَلانِ الدَّمِ وضَعفِه عن ذلك، وليس في وُسعه مَعرِفتُه، والخارِجُ عن الوُسع لا يُستحَقُّ بعَقد الْمُعاوَضةِ بحالٍ.

فأما التَّحرُّزُ عن التَّخرُّق: ففي وُسع القصّارِ، إلا أنه ربما يَلحَقُه الحرَجُ فيه، وهو ساقِطُ العِبرةِ فيما يَلزَمُ العبدَ بالتِزامه وعقدِه، وإنما يُعتبَرُ في خِطابات الشَّرعِ رَحمةً ونظَرًا.

وبخِلاف أجيرِ الوَحْدِ؛ لِما نُبيِّنُه.

وانقِطاعُ الحبلِ من قِلّة اهتِمامِه، فكان من صُنعه، إلا أنه لا يَضمَنُ به بني آدمَ ممن غَرِق في السَّفينة، أو سَقَط من الدّابّة، وإن كان بسَوقه وقَوْدِه؛ لأن الواجِبَ ضَمانُ الآدميِّ، وذا لا يَجِبُ بالعَقد، وإنما يَجِبُ بالجِناية؛ ألا تَرى أنه يَجِبُ على العاقِلة، وضَمانُ العُقودِ لا تَتحمَّلُه العاقِلةُ.

فإن انكَسَر في الطَّريق، أو كَسَره[ز]: غَرَّمه قِيمتَه في مَكان حَمْلِه ولا أجْرَ، أو ثَمَّ وأجرُه بحِسابه.

وإذا استأجَر حَمّالًا يَحمِلُ له شيئًا على ظَهره أو على دابّته إلى مَوضِعٍ مَعلومٍ، فانكَسَر في بَعض الطَّريقِ، أو كَسَره عمدًا: فالمالِكُ بالخِيار، إن شاء ضَمَّنه قِيمتَه في الْمَكان الذي حَمَله، ولا أجرَ له، وإن شاء ضَمَّنه قِيمتَه مَحمولًا في الْمَوضِع الذي انكَسَر أو كَسَره، وأَعطاه أجرَه بحِسابه.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن انكَسَر لا يَضمَنُ شيئًا؛ لِما بَيَّنّا، وإن كَسَره يَضمَنُ قِيمتَه في الْمَكان الذي كَسَره[1]؛ لأنه أتلَفه في هذا الْمَكانِ، فيَضمَنُ ما هو قِيمتُه في هذا الْمَكانِ، ويُعطِيه أجرَ ما حَمَل؛ لأنه أَوفاه الْمَنافِعَ إلى ههنا.

ولا خِيارَ للمُستأجِر عندَه.

أما الضَّمانُ عندَنا في مَسألة الانكِسارِ: فلأن الحمّالَ أجيرٌ مُشترَكٌ، فيَضمَنُ ما تَلِف بجِناية يدِه؛ لأن السُّقوطَ بالعِثار أو بانقِطاع الحبلِ، وكلٌّ[2] ذلك من صُنعه.

وأما الخِيارُ: فلأن الحمّالَ مُوافِقٌ من وجهٍ؛ فإنه أُمِر بالحَمْل، وقد حَمَل، فخالَف من وجهٍ؛ لأنه أُمِر بالحَمْل على وجهٍ يَصيرُ مَحمولًا إلى مَكانٍ مُعيَّنٍ، ولم يَأتِ بذلك الحَمْلِ، فإن مال إلى جِهة الخِلافِ ضَمَّنه في الْمَكان الذي حَمَل، ولا أجرَ؛ لأنه لم يُسلِّم العمَلَ، وإن مال إلى الوِفاق ضَمَّنه في الْمَكان الذي انكَسَر، وأَعطاه من الأَجر بحِسابه.

ولأن الْمَعقودَ عليه فات بعضُه، فصار كالْمَبيع العَينِ إذا فات بعضُه، وثَمَّ خُيِّر الْمُشتَري، كذا هنا.

فإن قِيل: كيف يُضمِّنُه في مَوضِع الحَملِ ولم يُوجَد منه سبَبُ الضَّمانِ ثَمَّ؟!

---

(١) في (هـ): في المكان الذي حمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته محمولاً في الموضع الذي كسره.

(٢) في (د): وكان.

قُلنا: لأنه لَمّا[1] انكسَر في الطَّريق والحَملُ شيءٌ واحِدٌ حُكمًا؛ إذ الحَملُ الْمُستحَقُّ بالعَقد ما يُنتفَعُ به، وهو أن يَجعَلَه مَحمولًا إلى مَوضِعِ عَيَّنَه ظَهَر أنه وَقَع تعدِّيًا ابتِداءً، وفي الحَقيقة ابتِداؤُه سَليمٌ، وإنما صار تَعدِّيًا عندَ الكسرِ، فإن مال إلى الوَجه الحُكميّ: فلا أجرَ له؛ لأنه ما استَوفى من عَمَله أصلًا، وإن مال إلى الوَجه الحَقيقيِّ فله الأجرُ بقَدْر ما استَوفى.

والأجرُ والضَّمانُ إنما لا يَجتمِعان عندَنا في حالةٍ واحِدةٍ، وقد اختَلَفت الحالةُ هنا؛ وهذا لأنه إذا ضَمَّنه قِيمَته في مَكانِ انكسَر فقد جَعَل الْمَتاعَ أمانةً عندَه من حيث حَمَل إلى مَوضِعِ انكَسَر، فالأجرُ يَجِبُ في حالة الأمانةِ، وإنما صار مَضمونًا في حالة الكسرِ، وهذه حالةٌ أُخرى.

وإن تَلِف في يَده بغَير فِعلِه، بأن زَحَمه النّاسُ: لا يَضمَنُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما.

ولا يَضمَنُ حَجّامٌ، أو بَزّاغٌ[2]، أو فَصّادٌ[3].. لم يَعْدُ الْمُعتادَ.

ولا يَضمَنُ حجّامٌ أو بَزّاغٌ أو فَصّادٌ إذا لم يَعْدُ الْمُعتادَ فيما عَطِب من ذلك؛ لأنه لا يُمكِنُه الفصدُ ونحوُه[4] مُحترِزًا عن سَبَب الهَلاكِ؛ لغُموض أحوالِ باطِنِ الحيَوانِ، فربما يَكونُ ضَعيفَ الْمِزاجِ لا يَندمِلُ سَريعًا، وقد يَسري إلى النَّفس، وربما يَكونُ قويَّ الْمِزاجِ فيَندمِلُ في تلك السّاعةِ، ولا اطِّلاعَ للفَصّاد ونحوِه[5] على قُوّة طبعِه وضَعفِه،

(١) في (ب) و(د): إنما.

(٢) بزغ البيطار والحاجم بَزْغًا، من باب قتل: شرط وأسال الدم. «المصباح» ١/ ٤٨.

(٣) الفصد: قطع العرق، وبابه ضرب، وقد فصد وافتصد. «المختار» ص ٢٤٠.

(٤) في (هـ): والحجامة.

(٥) في (هـ): والحجام.

فلا يُقيِّدُ[1] بالْمُصلِح من العَمَل.

وكيف تُستحَقُّ السَّلامةُ بالعَقد هنا والْمَطلوبُ هو الجَرحُ؟! وهو إفسادُ وتَخريبُ البِنيةِ كما تَرى، والسَّلامةُ ضِدُّه، ولا كذلك دقُّ الثَّوبِ ونحوُه؛ لأن قُوّةَ الثَّوبِ أو رِقّتَه[2] تُعرَفُ بالاجتِهاد، فأمكَن القولُ بالتَّقييد بالْمُصلِح، فإذا أفسَده يُضمِّنُه.

والخاصُّ[3] يَستحِقُّه بتَسليم نفسِه في الْمُدّة، وإن لم يَعمَل، كمن استُؤجِر شهرًا للخِدمة، أو رَعْيِ الغَنَمِ، ولا يَضمَنُ ما تَلِف في يَده، أو بعَمَله.

والأجيرُ الخاصُّ: من يَستحِقُّ الأجرَ بتَسليم نفسِه في الْمُدّة، وإن لم يَعمَل، كمن استُؤجِر[4] شهرًا للخِدمة أو لرَعي الغنَم.

وقد يُسمّى أجيرَ وَحْدٍ؛ لأنه لا يُمكِنُه أن يَعمَلَ في تلك الْمُدّةِ لغَيره؛ لأن العقدَ وَرَد على مَنافِعه، وذِكرُ العمَلِ لصَرف الْمَنفَعةِ الْمُستحَقّةِ إلى تلك الجِهةِ، فإذا صارت مَنافِعُه مُستحَقّةً بعَقد الْمُعاوَضةِ لا يَتمكَّنُ من إيجابها لغَيره، كما لو باع عَينًا من رَجُلٍ.. لا يَملِكُ بيعَه من غَيره، ولهذا لو سَلَّم ولم يَعمَل، أو نَقَض[5] العمَلَ: يَستحِقُّ الأُجرة، بخِلاف الأجيرِ الْمُشترَكِ.

واعلَم أنه إذا استأجَره ليَرعى[6] غنَمَه بدِرهَمٍ شهرًا: فهو أجيرٌ مُشترَكٌ، إلا أن يَقولَ:

(١) في (ج): فلا نقيده، في (ب): فلا يفيد، وفي (هـ): فلا يقيد العمل بالمصلحة من العمل.

(٢) في سوى (ج) و(هـ): دقته.

(٣) الأجير الخاص: هو الذي يستحق الإجارة بتسليم نفسه في المدة، عمل أو لم يعمل، كراعي الغنم والخادم بالمشاهرة. «الدستور» ١/ ٣١.

(٤) في (ج) و(د): استأجر.

(٥) في (أ): بعض، وفي (ب) و(هـ): نقص، وفي (د) غير منقوطة.

(٦) في (أ): لرعي.

(ولا يَرعى غنَمَ غَيري)، فحينَئذٍ يَصيرُ أجيرَ وَحْدٍ.

وإن ذَكَر الْمُدّةَ أوّلًا، بأن استأجَره ليَرعى[1] غنَمَه شهرًا بدِرهَمٍ، فهو أجيرُ وَحْدٍ، إلا أن يَقولَ: (ويَرعى غنَمَ غَيري).

ولا يَضمَنُ الأجيرُ الخاصُّ ما تَلِف في يَده، ولا ما تَلِف من عَمَله.

أما الأوّلُ: فلأن العَينَ أمانةٌ في يَده بالإجماع، أما عندَه: فظاهِرٌ، وكذا عندَهما؛ لأن تَضمينَ الأجيرِ الْمُشترَكِ نوعُ استِحسانًا عندَهما؛ صِيانةً لأَموال النّاسِ؛ لأنه يَقبَلُ أعيانًا كَثيرةً؛ رَغبةً في كَثرة الأجرِ، ويَعجِزُ عن قَضاء حقِّ الحِفظِ فيها، فضَمِن[2] حتى لا يُقصِّرَ في حِفظها، أو لا يَأخُذَ إلا ما يَقدِرُ على حِفظه، وأجيرُ الوَحْدِ يَعمَلُ له في بَيته، ولا يَتقبَّلُ الأعمالَ من غَيره، فأخَذنا فيه بالقِياس.

ولأن البدَلَ ثَمَّ ليس بمُقابَلة العمَلِ، فلا تُشترَطُ فيه السَّلامةُ عن العَيب.

وأما الثّاني: فلأنه لَمّا سَلَّم النَّفسَ صار عمَلُه كعَمَل ربِّ المالِ؛ وهذا لأن الْمَنافِعَ صارت مَملوكةً للمُستأجِر، وصار هو نائِبًا مَنابَه في الفِعل، فكأنه فَعَل بنفسه، فلهذا لا يُضمِّنُه.

---

(١) في (أ): لرعي.

(٢) في (ج): فيضمن.

بَابُ الإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ

(خِطْه اليومَ بدِرهَمٍ، وغدًا بنِصفه): صحَّ الأوَّلُ[ز] فقط[س م].

وإذا قال للخيّاط: (إن خِطتَه اليومَ فبدِرهَمٍ، وإن خِطتَه غدًا فبنِصف دِرهَمٍ): صَحَّ الشَّرطُ الأوَّلُ وفَسَد الثّاني، حتى لو خاطه اليومَ فله دِرهَمٌ، وإن خاطه غدًا فله أجرُ مِثلِه، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: الشَّرطان جائِزان، فلو خاطه في اليوم فله دِرهَمٌ، ولو خاطه في الغَد فله نِصفُ دِرهَمٍ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الشَّرطان فاسِدان؛ لأنه اجتَمَع في اليَوم والغدِ تَسمِيتان، فيَفسُدُ العقدُ، كما لو قال: (خِطه اليومَ بدِرهَمٍ أو نِصفِ دِرهَمٍ)، وهذا لأنه اجتَمَع فيهما عَقدان..

أما في اليَوم: فلأن الْمُضافَ إلى الغَد ثابِتٌ في اليَوم؛ لأن ذِكرَ الغدِ للتَّرفيه لا للإضافة والتَّعليقِ، ولهذا لو أفرَد العقدَ في الغَد، بأن قال: (خِطه غدًا بنِصف دِرهَمٍ): يَثبُتُ هذا العقدُ في اليَوم، حتى لو خاطه اليومَ استَحقَّ نِصفَ دِرهَمٍ.

وأما في الغَد: فلأن العقدَ الْمُنعقِدَ في اليَوم باقٍ إلى الغَد؛ لأن ذِكرَ اليومِ للتَّعجيل لا لتَوقيت العقدِ به، ولهذا لو أفرَد العقدَ في اليَوم، بأن قال: (خِطه اليومَ بدِرهَمٍ): كان للتَّعجيل لا للتَّوقيت[1]، حتى لو خاطه في الغَد استَحقَّ الأجرَ، فكذا هنا، فصَحَّ ما قُلنا:

(١) في (د): لا لتوقيت العقد به.

إنه اجتَمَع في اليَوم والغدِ تَسمِيتان، ووَجَب بالخِياطة إِحداهما: دِرهَمٌ أو نِصفُ دِرهَمٍ؛ لأن الخِياطةَ واحِدةٌ، فتَجِبُ إِحدى التَّسميتَين لا بعَينها، وهي مَجهولةٌ، وهذه الجَهالةُ تُوقِعُهما في الْمُنازَعة.

ولهما: أن الثّابتَ في كلِّ واحِدٍ من الوَقتَين تَسميةٌ واحِدةٌ، فيَجوزُ العَقدان؛ وهذا لأن ذِكرَ اليومِ والغدِ للتَّأقيت والإضافةِ حَقيقةٌ، وللتَّعجيل والتَّرفيهِ مَجازٌ[1]، والكَلامُ لحَقيقته[2] حتى يَقومَ الدَّليلُ على مَجازه، كيف وقد قام الدَّليلُ على أن الْمَجازَ غيرُ مُرادٍ؟! لأن العقدَ يَفسُدُ على تَقديرَي التَّعجيلِ والتَّرفيهِ؛ لاجتِماع العَقدَين حينَئذٍ، وعلى تَقديرَي التَّأقيتِ والإضافةِ لا.

بخِلاف حالةِ الانفِرادِ؛ لأنه لو حُمِل على التَّأقيت يَفسُدُ العقدُ، ومتى حُمِل على التَّعجيل أو التَّرفيهِ لا، فصِرنا إلى الْمَجاز بدَلالة حالِهما.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ: أن اليومَ حَقيقةٌ للتَّأقيت، والغدَ للإضافة والتَّعليقِ، والكَلامُ لحَقيقته حتى يَقومَ الدَّليلُ على مَجازه، والدَّليلُ قد قام على الْمَجاز في ذِكر اليومِ، وهو التَّعجيلُ؛ لأنه زاد له في الأجر متى خاط في اليَوم، ونَقَص متى أَخَّر، فالنُّقصانُ بتَقدير التَّأخيرِ، والزِّيادةُ بتَقدير التَّعجيل بَيانُ أن[3] ذِكرَ اليومِ للتَّعجيل لا للتَّوقيت.

وفي الغَد لم يَقُم الدَّليلُ على إِرادة الْمَجازِ -أي التَّرفيهِ-، بل الدَّليلُ دَلَّ على إِرادة الحَقيقةِ، وهي الإضافةُ والتَّعليقُ؛ لأنه نَقَص عن الأجر متى خاطه في الغَد، ولو كان ذِكرُ الغدِ للتَّرفيه لَمَا نَقَص عن الأَجر بسَبَب التَّأخير إليه؛ لأنه يَزولُ مَعنى التَّرفيهِ بنُقصان

---

(١) في (ج) و(هـ): مجازًا.

(٢) في (ج) و(هـ): بحقيقته.

(٣) في (هـ): بيانه أنه.

الأجرِ، فصار ذِكرُ الغدِ للإضافة والتَّعليقِ به، وذِكرُ اليومِ للتَّعجيل.

فإذا ثَبَت هذا فنَقولُ: العقدُ الْمُضافُ إلى الغَد لم يَثبُت في اليَوم، فلم يَجتمِع في اليَوم تَسمِيتان، فلم يكن الأجرُ مَجهولًا في اليَوم، والْمُضافُ إلى اليَوم يَبقى إلى الغَد؛ لأنه لم[1] يَنقُص بمُضِيِّ اليومِ لَمّا صار ذِكرُ اليومِ للتَّعجيل لا[2] للتَّوقيت، فيَجتمِعُ في الغَد تَسمِيتان: دِرهَمٌ أو نِصفُ دِرهَمٍ، فيَكونُ الأجرُ مَجهولًا جَهالةً مانِعةً من التَّسليم والتَّسلُّمِ، وهي تَمنَعُ جَوازَ العقدِ.

وفي الْمَسألة إشكالٌ هائِلٌ على قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فإنه جَعَل ذِكرَ اليومِ للتَّعجيل هنا، حتى أَجاز العقدَ، وفي مَسألة الْمَخاتيمِ جَعَل ذِكرَ اليومِ للتَّوقيت، حتى جَعَل العقدَ مُنعقِدًا على تَسليم النَّفسِ في الْمُدّة، أو على حَقيقة العمَلِ، فأفسَده، على ما سَبَق تَقريرُه.

والجَوابُ: أن ذِكرَ اليومِ حَقيقةٌ للتَّوقيت، فيُحمَلُ عليه حتى يَقومَ الدَّليلُ على الْمَجاز، وهنا قام الدَّليلُ على الْمَجاز، وهو نُقصانُ الأجرِ بسَبَب التَّأخيرِ، فعَدَلنا عن الحَقيقة وصِرنا إلى الْمَجاز بهذا الدَّليلِ، ولم يَقُم مِثلُ هذا الدَّليلِ ثَمّ، فكان التَّأقيتُ مُرادًا، فيَفسُدُ العقدُ.

فإن خاطه في الغَد فله أجرُ الْمِثلِ، لا يُنقَصُ عن نِصف دِرهَمٍ، ولا يُزادُ على دِرهَمٍ.

وهذا يَدُلُّ على أنه قد يُزادُ على نِصف دِرهَمٍ، ورَوى أبو يوسف عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: أنه لا يُزادُ على نِصف دِرهَمٍ، ويُنقَصُ عن نِصف دِرهَمٍ، فحَصَل عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ رِوايتان.

(١) في (هـ): لو لم.

(٢) في (هـ): بل.

وجهُ هذه الرِّوايةِ: أن الواجِبَ في الإجارة الفاسِدةِ أجرُ المِثْلِ، لا يُزادُ على الْمُسمّى، والْمُسمّى في اليَوم الثّانِي نِصفُ دِرهَمٍ، فأما الدِّرهَمُ: فهو مُسمًّى في اليَوم الأوَّلِ.

ولا يُقالُ: إن التَّسميةَ الأُولى باقِيةٌ في اليَوم الثّانِي: لأن اعتِبارَ الْمُصرَّحِ أَولى من غَيره، والْمُصرَّحُ نِصفُ دِرهَمٍ لا الدِّرهَمُ.

ووجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أنه اجتَمَع في الغَد تَسمِيتان، فتُعتبَرُ التَّسمِيةُ الأُولى لِمَنع الزِّيادةِ الأُولى عليها، وتُعتبَرُ التَّسميةُ الثّانيةُ لِمَنع النُّقصانِ عنها؛ عمَلًا بالتَّسميتَين، وهذا أَولى من التَّرجيح بالْمُصرَّح.

فإن خاطه في اليَوم الثّالثِ فالصَّحيحُ أنه لا يُجاوَزُ به نِصفُ دِرهَمٍ عندَ[1] أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه إذا لم يَرضَ بتَأخيره إلى الغَد بأكثرَ من نِصف دِرهَمٍ، فإلى ما بعدَ الغدِ أَولى.

والصَّحيحُ عندَهما: أنه يُنقَصُ من نِصف دِرهَمٍ، ولا يُزادُ عليه.

ولو نَوعان(ز ف): صَحّا، كنَوعَي عَمَلٍ في دارٍ(س م)، ومَسافةٍ(س م) وحِمْلٍ في دابّةٍ(س م).

ولو نَوعان صَحّا، كنَوعَي عمَلٍ في دارٍ، أو مَسافةٍ، أو حِملٍ في دابّةٍ.

أما الأوَّلُ: بأن[2] يَقولَ: (إن خِطتَه فارِسيًّا فلك دِرهَمٌ، وإن خِطتَه رُوميًّا فلك دِرهَمان)، فالشَّرطان جائِزان عندَ الثَّلاثةِ.

وعندَ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: فاسِدان؛ لجَهالة الْمَعقودِ عليه وبه.

ولنا: أن الأجرَ لا يَجِبُ بنَفس العقدِ، وإنما يَجِبُ بالعَمَل، وعندَ العمَلِ يَصيرُ الْمَعقودُ عليه وبه مَعلومًا.

---

(١) في (د): عن.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): فأن.

وكذا لو قال للصَّبّاغ[1]: (إن صَبَغتَه بعُصفُرٍ فلك دِرهَمٌ، وإن صَبَغتَه بزَعفرانٍ فدِرهَمان): فهو جائزٌ على ما[2] ذَكَرنا.

وكذا لو وَقَع العقدُ على أحَد شيئَين، وسَمّى لكلِّ واحِدٍ أجرًا مَعلومًا: فهو جائزٌ، نحوُ أن يَقولَ: (آجَرتُك هذه الدّارَ سنةً بخَمسةٍ، أو هذه الدّارَ الأُخرى بعشَرةٍ).

وكذا لو خَيَّره بينَ مَسافتَين مُختلِفتَين، بأن يَقولَ: (آجَرتُك هذه الدّابّةِ إلى واسِطٍ بكذا، أو إلى الكُوفة بكذا).

وكذا إذا خَيَّره بينَ ثَلاثةِ أشياءَ، وإن خَيَّره بينَ أربَعةِ أشياءَ لم يَجُز.

وكذا في الخِياطة والصَّبغِ إذا ذَكَر ثَلاثةَ أنواعٍ جاز، وإن زاد عليها لم يَجُز.

والأصلُ في جَميع ذلك: البيعُ، والجامِعُ بينَهما: دفعُ الحاجةِ، غيرَ أنه إذا باع أحدَ العَبدَين لم يَصِحَّ إلا بشَرط الخِيارِ، وفي الإجارة لا يُشترَطُ ذلك؛ لأن الأجرَ إنما يَجِبُ بالعَمَل، فإذا شَرَع في أحَد العمَلَين ارتَفَعت الجَهالةُ.

والجَهالةُ إنما تَمنَعُ جَوازَ العقدِ بواسِطة الإفضاءِ إلى الْمُنازَعة المانِعةِ من التَّسليم والتَّسلُّم، ووقتُ التَّسليمِ والتَّسلُّمِ وقتُ الوُجوبِ، فإذا لم تكن الجَهالةُ ثابِتةً وقتَ الوُجوبِ لم يكن المانِعُ مَوجودًا، وفي البيَع يُستحَقُّ الثَّمَنُ بنَفس العقدِ، فتَتحقَّقُ الجَهالةُ الْمُفضِيةُ إلى الْمُنازَعة على وجهٍ لا تَرتَفِعُ إلا بإثبات الخِيارِ.

وأما الثّاني: فأن يَقولَ: (آجَرتُك هذه الدّارَ على أنك إن قَعَدتَ فيها حدّادًا فالأجرُ عشَرةُ دَراهِمَ، وإن قَعَدتَ خيّاطًا فالأجرُ خَمسةُ دَراهِمَ).

وكذا لو قال: (إن أسكَنتَ في هذا الدُّكّانِ عطّارًا فبِدرهَمٍ، وإن أسكَنتَه حدّادًا

(١) في (أ): الصباغ، وفي (ج) و(هـ): لصباغ.

(٢) في (ج): جائز كما.

فبدِرهَمَين)، أو قال: (إن سَكَن فيه عطّارٌ[1] فبدِرهَمٍ، وإن أسكَن فيه حدّادًا[2] فبدِرهَمَين): فالإجارةُ جائِزةٌ فيها عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: فاسِدةٌ.

وأما الثّالثُ: فأن[3] يَستأجِرَ دابّةً إلى الحِيرة بنِصف دِرهَمٍ، وإن جاوَز بها إلى القادِسيّة فبدِرهَمٍ: فهو جائِزٌ.

ذَكَر محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذه الْمَسألةَ ولم يَحكِ فيها خِلافًا، فاحتُمِل أن يَكونَ هذا قولَ الكلِّ، واحتُمِل أن يَكونَ قولَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: لا يَجوزُ.

وأما الرّابِعُ: فأن يَستأجِرَ دابّةً إلى الحِيرة على أنه إن حَمَل عليها كُرَّ شَعيرٍ[4] فأجرُه نِصفُ دِرهَمٍ، وإن حَمَل كُرَّ حِنطةٍ فأجرُه دِرهَمٌ: جاز عندَه، وعندَهما: لا يَجوزُ.

لهما: أن الْمَعقودَ عليه وبه مَجهولٌ، فتَفسُدُ الإجارةُ؛ وهذا لأن الأجرَ إنما يَجِبُ بتَسليم الدّارِ والدّابّةِ من غَير عمَلٍ، ولا يُدرى وقتَ التَّسليمِ أنه يُسكِنُ فيه حدّادًا فيَجِبَ عشَرةٌ، أو خيّاطًا فيَجِبَ خَمسةٌ، فكان الأجرُ مَجهولًا وقتَ التَّسليمِ.

بخِلاف الخِياطةِ الرُّوميّةِ والفارِسيّةِ؛ لأن الأجرَ لا يَجِبُ هناك إلا بالعَمَل، والجَهالةُ لا تَبقى عندَ العمَلِ، فصار الأصلُ عندَهما أن الأجرَ متى وَجَب بالتَّسليم من غَير عمَلٍ، ولا يُدرى عندَ التَّسليمِ أيُّهما يَجِبُ: يَفسُدُ العقدُ.

وله: أن هذا تَخييرٌ بينَ عَقدَين مُختلِفَين صَحيحَين، فوَجَب القولُ بصِحّته، كما في الفارِسيّة والرُّوميّةِ.

---

(١) مثبتة من (ج)، وفي (د): عطارًا.

(٢) في (ج): وإن سكن فيه حداد.

(٣) في (أ): بأن.

(٤) في (أ): كذا شعيرًا، وفي (هـ): كرًا شعيرًا.

وهذا لأن السُّكنى وعمَلَ الحَدّادِين مُختلِفان، وكلُّ واحِدٍ منهما عندَ الانفِرادِ صَحيحٌ فكذا عندَ الجمعِ، والغالِبُ في الإجارة الانتِفاعُ؛ لأنها مَشروعةٌ للحاجة، فالظّاهرُ أن لا يَخلوَ عن الانتِفاع، فإذا جاء الانتِفاعُ زالت الجَهالةُ، والتَّمكُّنُ من غَير انتِفاعٍ ليس بأصلٍ، بل هو من العَوارِض، والاحتِرازُ من العَوارِض غيرُ واجِبٍ، ولو تَحقَّق تركُ الانتِفاعِ واحتِيج إلى إيجاب الأُجرةِ بالتَّمكُّن: يَجِبُ الْمُتيقَّنُ، وهو الْمُقابَلُ بأَدنى العمَلَين؛ إذ الفضلُ لا يَجِبُ بالشَّكّ.

وقِيل: يَجِبُ الأقلُّ، ويَتنصَّفُ الفضلُ، وقِيل: يَتنصَّفُ كلُّ واحِدٍ منهما، فلا تَتمكَّنُ الجَهالةُ بكلِّ حالٍ.

فصار الأصلُ عندَه: أن العقدَ إذا اشتَمَل على شيءٍ مَعلومٍ ببدَلٍ مَعلومٍ، وضُمَّ إليه زِيادةٌ بزِيادةٍ في البَدَل: فإن العقدَ يَقَعُ على الأصل الْمَعلومِ، والفضلُ مُعلَّقٌ باختِيار الفضلِ في الْمَعقود عليه، واللهُ أعلَمُ.

بَابُ إجارةِ العَبْدِ

ولا يُسافِرُ بعبدٍ استَأجَر للخِدمة بلا شرطٍ.

ومن استَأجَر عبدًا للخِدمة فليس له أن يُسافِرَ به إلا أن يَشترِطَ ذلك؛ لأن خِدمةَ السَّفَرِ أشقُّ من خِدمة الحضَرِ، فليس له أن يُكلِّفَه ذلك بمُطلَقِ العقدِ، ولهذا جُعِل السَّفَرُ عُذرًا، على ما سيَجيءُ في باب فسخِ الإجارةِ إن شاء اللهُ تَعالى، فلا بُدَّ من اشتِراطه، كإسكان الحدّادِ والقصّارِ في الدّار.

فإن قِيل: هو في مِلك مَنافِعِه يَنزِلُ مَنزِلَة الْمَولى في مَنافِع عبدِه، وللمَولى أن يُسافِرَ بعَبده، فلماذا لا يَكونُ له أن يُسافِرَ به؟!

قُلنا: إنما يُسافِرُ الْمَولى بعَبده: لأنه يَملِكُ رَقَبتَه، وهو لا يَملِكُ رَقَبتَه.

ولا يَأخُذُ من عبدٍ مَحجورٍ أجرًا دُفِع لعَمَله.

ومن استَأجَر عبدًا مَحجورًا عليه شهرًا[1]، فعَمِل، فأَعطاه الأجرَ: جاز، وليس للمُستأجِر أن يَأخُذَ منه الأجرَ استِحسانًا، **والقِياسُ**: أن لا يَجوزَ، وللمُستأجِر أن يَأخُذَ منه؛ لأن عقدَ الْمَحجورِ عليه باطِلٌ، فلا يَستحِقُّ الأجرَ؛ لبُطلان الاستِئجارِ، كما لو هَلَك من العَمَل، فإنه يَضمَنُ الْمُستأجِرُ قِيمتَه، ولا يَجِبُ الأجرُ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن العبدَ حُجِر عن تَصرُّفٍ يُضِرُّ بالْمَولى، لا عن تَصرُّفٍ يَنفَعُ الْمَولى؛ ألا تَرى أنه يَجوزُ قَبولُه الهِبةَ بغَير إذنِ الْمَولى؛ لكَونه نفعًا في حقِّ الْمَولى.

(١) مفعول استأجر.

ثم جَوازُ الإجارةِ بعدَما سَلِم من العَمَل يَتمحَّضُ نفعًا في حقِّ الْمَولى؛ لأنها إذا جازت يَحصُلُ للمَولى الأجرُ بغَير ضرَرٍ يَلحَقُه، ولو لم يَجُز لا يَجِبُ الأجرُ، ويَضيعُ على الْمَولى مَنافِعُ العبدِ، ولا يُتقوَّمُ أصلًا، فوَجَب القولُ بالنَّفاذ.

وإذا جازت الإجارةُ صَحَّ من العَبد قبضُ الأجرِ؛ لأنه العاقِدُ، وقبضُ البدَلِ إلى العاقِد، ومتى صَحَّ قبضُه لا يَكونُ للمُستأجِر أن يَستردَّه منه.

بخِلاف ما إذا هَلَك العبدُ في ذلك العمَلِ؛ فإنه يَجِبُ على الْمُستأجِر قِيمتُه، ولا أجرَ عليه فيما عَمِل؛ لأن الْمُستأجِرَ صار غاصِبًا له باستِعماله، فيَضمَنُ قِيمتَه عندَ الهَلاكِ، وإذا ضَمِن قِيمتَه صار مالِكًا له من وَقت الاستِعمالِ، فيَصيرُ مُستوفيًا مَنفَعةَ عبدِ نفسِه، فلا يَجِبُ عليه الأجرُ.

ولا يَضمَنُ(س م) غاصِبُ العبدِ ما أكَل من غَلّته، ولو وَجَده ربُّه أخَذه.

ومن غَصَب عبدًا، فآجَر العبدُ نفسَه، وسَلِم عن العَمَل: صَحَّت الإجارةُ؛ لِما مَرّ.

فإن أخَذ العبدُ الأجرَ، فأخَذ الغاصِبُ الأجرَ منه، فأكَله: لا يَضمَنُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: يَضمَنُ؛ لأنه أتلَف مالَ الغيرِ بغَير تأويلٍ؛ لأن الأجرَ مالُ مَولى العبدِ؛ لأنه كسبُ عبدِه، وكسبُ العبدِ تَبَعٌ لرَقَبته، فيَكونُ لمالِك الرَّقَبةِ.

وله: أنه أتلَف مالًا غيرَ مُتقوَّمٍ في حقِّ الْمُتلِفِ، فلا يَضمَنُ، كنِصاب السَّرِقةِ بعدَ القطعِ؛ وهذا لأن التَّقوُّمَ إنما يَثبُتُ بالإحراز، والإحرازُ إنما يَثبُتُ بيدٍ حافِظةٍ، كيَد المالِكِ أو نائبِه، ويدُ المالِكِ لم تَثبُت عليه، ويدُ العبدِ ليست يَدَ الْمَولى؛ لأن العبدَ في يَد الغاصِبِ، حتى كان مَضمونًا عليه، ولا يُحرِزُ نفسَه عن الغاصِب، فكيف يَكونُ مُحرِزًا ما في يَده؟!

ولأن الأجرَ بدَلُ مَنفَعةِ العبدِ، ولو أتلَف مَنفَعتَه، بأن استَعمَله[1] في عمَلٍ من الأَعمال: لا يَضمَنُ، فكذا إذا استَهلَك بدَلَها[2].

ولو وَجَد الْمَولى الأجرَ قائمًا أخَذه؛ لأنه وَجَد عَينَ مالِه، ولا يَلزَمُ من بُطلان التَّقوُّمِ بُطلانُ الْمِلكِ، كما في نِصاب السَّرِقةِ بعدَ القطعِ، فإنه لم يَبقَ مُتقوَّمًا، حتى لا يُضمَنُ بالإتلاف، ويَبقى الْمِلكُ.

وصحَّ قبضُ العبدِ أجْرَه.

ويَجوزُ قبضُ العبدِ الأجرَ عندَهم؛ لأنه نافِعٌ محضٌ.

آجَر عبدَه شَهرَين، شهرًا بأربَعةٍ وشهرًا بخَمسةٍ: صحّ، والأَوَّلُ بأربَعةٍ.

ومن استَأجَر من رَجُلٍ عبدًا شَهرَين، شهرًا بأربَعةٍ، وشهرًا بخَمسةٍ: صَحّ، والشَّهرُ الأوَّلُ بأربَعةٍ، والشَّهرُ الثّاني بخَمسةٍ؛ لأنه لَمّا قال: (شهرًا بأربَعةٍ) انصَرَف إلى ما يَلي الإيجابَ، كما لو سَكَت عليه فقال: (استَأجَرتُ منك عبدَك هذا شهرًا بكذا)، فإنه يَنصرِفُ إلى ما يَليه؛ تَحرِّيًا لصِحّة العقدِ، فكذا هذا، وإذا انصَرَف إليه يَنصرِفُ الثّانِي إلى ما يَلي الأوَّلَ أيضًا؛ تَحرِّيًا للجَواز.

---

(١) في (ج): استهلكه.

(٢) في (د): ملك بدلها.

بَابُ الاخْتِلَافِ

اختَلَفا في إِباقه، ومَرَضِه، وجَرْيِ ماءِ الرَّحى[1]: حُكِّم الحالُ[2].

اختلفا في إِباق العبدِ ومرَضِه، وجَرْيِ ماءِ الرَّحى: حُكِّم الحالُ، حتى لو استأجَر عبدًا شهرًا بدِرهَمٍ، فقَبَضه في أوَّل الشَّهرِ، ثم جاء في آخِر الشَّهرِ والعبدُ مَريضٌ أو آبِقٌ، فاختلَفا، فقال الْمُستأجِرُ: (أبَق -أو مَرِض- حينَ أخَذْتُه)، وقال ربُّ العبدِ: (لم يكن ذلك إلا قبلَ أن يَأتيَني بساعةٍ): فالقولُ للمُستأجِر.

ولو كان صَحيحًا في الحال أو غيرَ آبِقٍ: فالقولُ للمُؤْجِر.

والأصلُ في هذا: أن القولَ قولُ من يَشهَدُ له الظّاهرُ عندَ التَّنازُعِ، ففي الفَصل الأوَّلِ: الظّاهرُ شاهِدٌ للمُستأجِر؛ لأن الإباقَ أو المرَضَ ظاهِرٌ في الحال، والحالُ يَدُلُّ على ما مَضى، فكان التَّمكُّنُ من الانتِفاع فيما مَضى فائِتًا[3] ظاهِرًا، فالْمُؤْجِرُ بقَوله: (ما أبَق إلا في الحال) يَدّعي أنه كان مُتمكِّنًا من الانتِفاع، والْمُستأجِرُ يُنكِرُ، فكان القولُ له.

وفي الفَصل الثّاني: التَّمكُّنُ من الانتِفاع ثابِتٌ فيما مَضى ظاهِرًا بدَلالة الحالِ، فالْمُستأجِرُ يَدَّعي فَواتَ التَّمكُّنِ فيما مَضى، والْمُؤْجِرُ يُنكِرُ، فيكونُ القولُ له.

---

(١) الرحى مقصور: الطاحون، والضرس أيضًا، والجمع أَرْحٍ وأَرْحَاء، مثل: سبب وأسباب. «المصباح» ١/ ٢٢٣.

(٢) تحكيم الحال: جَعْلُ الحال الحاضر حَكَمًا، هو من قبيل الاستصحاب. «القاموس الفقهي» ص٩٦.

(٣) في (هـ): ثابتًا.

وأصلُه: الاختِلافُ بينَ مُستأجِرِ الرَّحى والْمُؤْجِرِ في جَرَيان الماءِ وانقِطاعِه فيما مَضى، فإنه يُحكَّمُ الحالُ، فإن كان الماءُ مُنقطِعًا وقتَ الخُصومةِ: فالقولُ للمُستأجِر فيما مَضى، وإن كان جارِيًا: فالقولُ لربِّ الرَّحى مع يَمينِه، والحالُ إن لم يَصلُح حُجّةً عندَنا يَصلُحُ مُرجِّحًا؛ إذ التَّرجيحُ أبدًا إنما يَقعُ بما لا يَصلُحُ حُجّةً، وقد عُرِف في أُصول الفِقهِ.

وفي القَميص والقَباءِ، والحُمرةِ والصُّفرةِ، والأجرِ وعَدَمِه: صُدِّق المالِكُ.

وإن اختلَفا في القَميص والقَباءِ، أو الحُمرةِ والصُّفرةِ، أو الأجرِ وعدَمِه: صُدِّق المالِكُ.

أما الأوَّلُ: فهو أن يَقولَ ربُّ الثَّوبِ: (أمَرتُك أن تَعمَلَه قَباءً)، وقال الخيّاطُ: (بل قَميصًا)، فالقولُ لربِّ الثَّوبِ؛ لأن الإذنَ يُستفادُ من قِبَله، فكان القولُ قولَه[1] فيما أذِن فيه؛ ألا تَرى أنه لو أنكَر أصلَ الإذنِ كان القولُ قولَه، فكذا إذا أنكَر وصفَه، ولكنه يُحلَّفُ؛ لأنه أنكَر شيئًا لو أقَرَّ به لَزِمه، فإذا حَلَف فهو بالخِيار، إن شاء ضَمَّنه، وإن شاء أخَذه وأعطاه أجرَ مِثلِه؛ لأنه امتَثَل أمْرَه في أصل ما أمَره به، وهو القطعُ والخِياطةُ، ولكن قد تَغيَّر الوصفُ، فكان لصاحِب الثَّوبِ الرِّضا به.

وأما الثّاني: فأن يَقولَ ربُّ الثَّوبِ للصَّبّاغ: (أمَرتُك أن تَصبَغَه أحمرَ، فصَبَغْته أصفرَ)، وقال الصَّبّاغُ: (بل أمَرتَني أصفرَ)، فالقولُ لربِّ الثَّوبِ أيضًا؛ لِما بَيَّنّا.

وإذا حَلَف: فإن شاء ضَمَّنه قِيمةَ ثَوبٍ أبيضَ، وإن شاء أخَذ ثَوبَه وأعطاه أجرَ مِثلِه، لا يُجاوِزُ به الْمُسمّى.

وذُكِر في بَعض النُّسَخِ: (يُضمِّنُه ما زاد الصَّبغُ فيه)؛ لأنه كالغَصب[2].

---

(١) في سوى (أ) و(ج): له.

(٢) في (ج): كالغاصب.

وأما الثّالثُ: فأن يَقولَ ربُّ الثَّوبِ: (عَمِلتَه لي بغَير أجرٍ)، ويَقولَ الصّانعُ[1]: (بأجرٍ): فالقولُ لربِّ الثَّوبِ؛ لأنه يُنكِرُ العقدَ ووُجوبَ الأجرِ، وتَقوُّمَ عمَلِه.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان الصّانعُ[2] حَرِيفًا له -أي بينَهما أخذٌ وإعطاءٌ- فله الأجرُ، وإلا لا؛ لأن سَبْقَ ما بينَهما من الْمُعامَلة دَلَّ على أنه طَلَب منه إقامةَ العمَلِ بأجرٍ ظاهِرًا، فقام ذلك مَقامَ الشَّرطِ عادةً.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان الصّانعُ مَعروفًا بهذه الصَّنعةِ بأجرٍ فالقولُ له؛ لأن الظّاهرَ أنه لا يَعمَلُ إلا بالأَجر لَمّا فَتَح الحانُوتَ لأجْله.

وقولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ قِياسٌ؛ لأن القولَ للمُنكِرِ في الشَّرع، وهو يُنكِرُ وُجوبَ الأجرِ[3].

وجَوابُه عن استِحسانَيهما[4]: أن الظّاهرَ يَصلُحُ للدَّفع لا للاستِحقاق، والحاجةُ هنا إلى استِحقاق الأجرِ، واللهُ أعلَمُ.

(١) في (د): الصباغ، وفي (هـ): الصابغ.

(٢) في (هـ): الصابغ.

(٣) هذه الجملة مثبتة من (ج) و(هـ).

(٤) في (ج) و(د): استحسانهما.

باب فسخ الإجارة

وتَنفسِخُ(ف) بمَوت أحَدِهما إن عَقَد لنَفسه، ولغَيره لا.

وتَنفسِخُ الإجارةُ بمَوت أحدِ العاقِدَين إن عَقَد الإجارةَ لنَفسه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَنتقِضُ بمَوتهما ولا بمَوت أحَدِهما؛ لأن الْمَنافِعَ عندَه كالأَعيان القائِمةِ، ثم العقدُ على العَين لا يَبطُلُ بمَوت أحدِ العاقِدَين، فكذا العقدُ على الْمَنفَعة.

ولنا: أن العقدَ يَنعقِدُ ساعةً فساعةً بحَسَب ما يَحدُثُ من الْمَنفَعة، فإذا مات الْمُؤْجِرُ فالْمُستحَقُّ بالعَقد الْمَنافِعُ التي تَحدُثُ على مِلكه، وقد فات ذلك بمَوته، فتَبطُلُ الإجارةُ؛ لفَوات الْمَعقودِ عليه؛ لأن رَقَبةَ الدّارِ تَنتقِلُ إلى الوارِث، والْمَنفَعةُ تَحدُثُ على مِلك صاحِبِ الرَّقَبةِ.

وإذا مات الْمُستاجِرُ.. فلو بَقِي العقدُ بعدَ موتِه إنما يَبقى على أن يَخلُفَه الوارِثُ، والْمَنفَعةُ الْمُجرَّدةُ لا تُورَثُ؛ إذ الوِراثةُ خِلافةٌ، فلا تُتصوَّرُ إلا فيما يَبقى وَقتَين؛ ليَكونَ مِلكُ الْمُورِّثِ في الوَقت الأوَّلِ، ويَخلُفَه الوارِثُ فيه في الوَقت الثّاني، والْمَنفَعةُ الْمَوجودةُ في حَياة الْمُستاجِرِ لا تَبقى لتُورَثَ، والتي تَحدُثُ بعدَ موتِه لم تكن مَملوكةً له ليَخلُفَه الوارِثُ فيها، فالْمِلكُ لا يَسبِقُ الوُجودَ.

وإذا ثَبَت انتِفاءُ الإرثِ تَعيَّن بُطلانُ العقدِ فيه، كعَقد النِّكاحِ يَرتفِعُ بمَوت الزَّوجِ؛ لأن وارِثَه لا يَخلُفُه فيه، وإن عَقَدها لغَيره لا تَنفسِخُ بمَوته، كالوَكيل، والأبِ، والوصِيِّ،

والْمُتولِّي في الوَقف؛ لبقاء الْمُستحَقِّ عليه والْمُستحِقِّ.

وبمَوت أحَدِ الْمُستأجِرين، أو الْمُؤجِرين: بَطَل حظُّه فقط[ز].

وإذا مات أحدُ الْمُستأجِرين أو أحدُ الْمُؤْجِرين: بَطَلت الإجارةُ في نَصيبه، وبَقِيت الإجارةُ في نَصيب الحيِّ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَفسُدُ[1] في نَصيب الحيِّ أيضًا؛ لأنه إجارةُ الْمُشاعِ، ولو كان الشُّيوعُ مُقارِنًا للعَقد يَمنَعُ صِحّةَ العقدِ، فإذا طَرَأ عليه أفسَده.

ولنا: أن شرطَ العقدِ يُشترَطُ عندَ العقدِ لا عندَ بَقائِه.

وتُفسَخُ بخِيار[ف] الشَّرطِ والعَيبِ، والعُذرِ[ف][2]، كخَراب الدّارِ.

وتُفسَخُ بخِيار الشَّرطِ والعَيبِ، والعُذرِ.

أما الأوَّلُ: ففيه خِلافٌ؛ فإنَّ شرطَ الخِيارِ في الإجارة يَصِحُّ عندَنا، ويُعتبرُ أوَّلُ الْمُدّةِ من وَقت سُقوطِ الخِيارِ.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأن شرطَ الخِيارِ في البَيع ثَبَت بالنَّصِّ[3] بخِلاف القِياسِ، والإجارةُ ليست في مَعناه، فلا يَجوزُ شرطُ الخِيارِ فيها؛ وهذا لأن شرطَ الخِيارِ للفَسخ، ولا بُدَّ أن يَتلَفَ شيءٌ من الْمَعقود عليه في مُدّة الخِيارِ، وذا مانِعٌ من الفَسخ؛

(١) في (هـ): تبطل.

(٢) العذر: ما يتعذر عليه المعنى على موجَب الشرع إلا بتحمل ضرر زائد. «التعريفات» ص١٤٨.

(٣) أي في قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لحِبّانَ بنِ مُنقِذٍ الأنصاريِّ، وكان يُغبَن في البِياعات: «إذا بايَعْتَ فقُل: لا خِلابةَ، ولي الخِيارُ ثَلاثةَ أيّام».

رواه دون ذكر الخيار: البخاري (٢١١٧)، ومسلم (١٥٣٣)، ومعه: ابن ماجه (٢٣٥٥)، والدارقطني (٣٠١١)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٦.

إذ ردُّ كلِّ الْمَعقودِ عليه بالفَسخ مُستحَقٌّ بالخِيار، ولا يَقدِرُ الْمُستأجِرُ على ردِّ الْمَعقودِ عليه على الكَمال لو[1] كان الخِيارُ له، ولا يَقدِرُ الْمُؤجِرُ على التَّسليم أيضًا على الكَمال لو كان الخِيارُ له، بخِلاف البيعِ.

ولنا: أنها عقدُ مُعاوَضةٍ لا يُستحَقُّ القبضُ فيه في الْمَجلِس، ويَحتمِلُ الفسخَ بالإقالة، فيَجوزُ شرطُ الخِيارِ فيه، كالبَيع؛ وهذا لأن شرطَ الخِيارِ إنما يَثبُتُ في البَيع لدَفع الغَبْنِ بالتَّروِّي فيه؛ إذ البيعُ يَقَعُ بَغتةً، فالشَّرعُ أثبَت الخِيارَ ثَمّ دفعًا لهذه الحاجةِ، والإجارةُ في هذا كالبَيع؛ لأنها تَقَعُ بَغتةً، وربما يُغبَنُ فيها، فشُرِع الخِيارُ فيها دفعًا للغُرور ومنعًا للُّزوم.

بخِلاف الصَّرفِ والسَّلَمِ؛ لأن شرطَ الخِيارِ ثَمَّ يَمنَعُ تمامَ القبضِ الْمُستحَقِّ بالعَقد؛ إذ القبضُ إنما يَتِمُّ إذا كان بِناءً على الْمِلك، والخِيارُ يَمنَعُ الْمِلكَ، وفَواتُ بعضِ الْمَعقودِ عليه في الإجارة لا يَمنَعُ الرَّدَّ بخِيار العَيبِ، فكذا لا يَمنَعُ الرَّدَّ بخِيار الشَّرطِ.

بخِلاف البيعِ؛ وهذا لأن تَسليمَ الكلِّ وردَّ الكلِّ مُمكِنٌ ثَمَّ، فشُرِط، وهنا غيرُ مُمكِنٍ، فلا يُشترَطُ؛ للضَّرورة، ولهذا يُجبَرُ الْمُستأجِرُ على القَبض إذا سَلَّم الْمُؤجِرُ بعدَ مُضِيِّ بعضِ الْمُدّةِ؛ لأن الخِيارَ لو ثَبَت إنما يَثبُتُ لتَفرُّق الصَّفْقةِ في الْمَعقود عليه، والعقدُ كما وَقَع وَقَع مُتفرِّقًا؛ فإنه يَنعقِدُ ساعةً فساعةً على ما بَيَّنّا، فصار الجُزءُ الثّاني من الْمَنفَعة مُستحَقًّا بعقدٍ آخرَ، وما مُلِك بعقدَين فتَعذُّر التَّسليمُ في أحَد العَقدَين: لا يُؤثِّر في الآخَر.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: للمُستأجِر حقُّ الفسخِ فيما بَقِي؛ لأن الْمَنافِعَ عندَه كالأعيان، فإذا فات بعضُ ما تَناوَله العقدُ قبلَ القبضِ يُخيَّر[2] فيما بَقِي؛ لاتِّحاد الصَّفْقةِ،

(١) في (ب) و(د): ولو.

(٢) كذا في (ج)، وهي محتملة كذلك في (ب)، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

كما لو اشتَرى شيئَين، فهَلَك أحَدُهما قبلَ القبضِ.

وأما الثّانِي: فبالإجماع، حتى لو استَأجَر دارًا، فوَجَد بها عَيبًا يُضِرُّ بالسُّكنى: فله وِلايةُ الفسخِ؛ لأن الْمَعقودَ عليه في هذا البابِ الْمَنافِعُ، وهي تُوجَدُ شيئًا فشيئًا، فما وُجِد من العَيب يَكونُ حادِثًا قبلَ القبضِ، فيُوجِبُ الخِيارَ، كما إذا حَدَث العَيبُ بالْمَبيع قبلَ القبضِ.

ثم الْمُستأجِرُ إذا استَوفى الْمَنفَعةَ مع العَيبِ[1] فقد رَضِي بالعَيب، فيَلزَمُه جَميعُ البدَلِ، كما في البَيع، وإن فَعَل الْمُؤْجِرُ[2] ما أزال به العَيبَ فلا خِيارَ للمُستأجِر؛ لأن العَيبَ قد زال قبلَ فسخِ العقدِ، والعقدُ يَتجدَّدُ ساعةً فساعةً، فلم يُوجَد العَيبُ في العقد الآتِي، فسَقَط الخِيارُ.

بخِلاف ما إذا سَقَط حائِطٌ من الدّار، وذا لا يُضِرُّ بالسُّكنى؛ لأن الْمَعقودَ عليه مَنفَعةُ السُّكنى، فإذا لم يَتمكَّن الخلَلُ فيها لا يَثبُتُ الخِيارُ.

وأما الثّالثُ: ففيه خِلافٌ، فإن الإجارةَ تُفسَخُ بالأعذار عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُفسَخُ بالأعذار، وإنما تُفسَخُ بالعَيب؛ إذ الْمَنافِعُ كالأعيان الْمَوجودةِ عندَه، فكان العقدُ عليها كالعَقد على العَين، فكما لا يُفسَخُ البيعُ إلا بعَيبٍ فكذا الإجارةُ.

ولنا: أن العُذرَ في الإجارة كالعَيب الحاصِلِ قبلَ القبضِ في البَيع[3]؛ وهذا لأن الْمَعقودَ عليه -وهو الْمَنافِعُ- لا تَصيرُ مَقبوضةً إلا بالاستِيفاء، والإجارةُ تُفسَخُ بالعَيب

---

(١) في (ج) زيادة: ولا خيار.

(٢) مثبتة من (ج).

(٣) في (ج) و(هـ): المبيع.

الحاصِلِ قبلَ القبضِ، فتُفسَخُ بالعُذر الحاصِلِ قبلَ القبضِ.

والجامِعُ بينَهما: عجزُ العاقِدِ عن الْمُضِيِّ في مُوجَب العقدِ إلا بضرَرٍ زائِدٍ لم يُستحَقَّ به، فيَثبُتُ له حقُّ الفسخِ؛ دفعًا لذلك الضَّرَرِ.

وهذا تَفسيرُ العُذرِ عندَنا؛ ألا تَرى أن من استَأجَر إنسانًا ليَقلَعَ ضِرسَه لوجَعٍ به، فسَكَن الوجَعُ، أو ليَتَّخِذَ له وَليمةً، فاختَلَعت منه أو ماتت، فلو لم يكن ذلك عُذرًا وبَقَّينا العقدَ.. لكان ضرَرًا بيِّنًا.

وانقِطاعِ ماءِ الضَّيعة[1] والرَّحى.

فمن العُذر: أن يَحدُثَ في العَين الْمُستأجَرةِ ما يَمنَعُ الانتِفاعَ بها، كخَراب الدّارِ الْمُستأجَرةِ، وانقِطاعِ الماءِ عن الضَّيعة أو الرَّحى.

وقد اختَلَف أصحابُنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ في هذه الْمَسألةِ، فقِيل: يَنفسِخُ العقدُ بانهدام الدّارِ، وانقِطاعِ الماءِ عن الرَّحى، وانقِطاعِ ماءِ[2] الشِّربِ عن الأَرضِ؛ لفَوات الْمَعقودِ عليه، وهو[3] مَنفَعةُ السُّكنى ونحوُه قبلَ القبضِ، فصار كهَلاك العبدِ الْمُستأجَرِ.

وقِيل: لا ينفسخ العقد، وهو الأصح؛ لأن المنفعة قد فاتت على وجه يتصور عودُها فشابه إباقَ العبدِ الْمُستأجَرِ، وذا لا يُوجِبُ انفِساخَ العقدِ.

ونَصَّ في «الأصل»: أن الإجارةَ في الرَّحى لا تَنفسِخُ بانقِطاع الماءِ، وقد رَوى هِشامٌ

---

(١) الضيعة: العقار، والجمع ضياع وضِيَع، كبَدرة وبِدَر، وتصغير الضيعة ضييعة، ولا تقل: ضويعة. قلت: قال الأزهري: الضيعة عند الحاضرة: النخل والكرم والأرض، والعرب لا تعرف الضيعة إلا الحرفة والصناعة. «المختار» ص١٨٦.

(٢) مثبتة من (هـ).

(٣) كذا في (ج)، وفي الباقي: وهي.

عن محمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه لو استأجر بيتًا، فانهَدَم، فبَناه الْمُؤْجِرُ، وأراد الْمُستأجِرُ أن يَسكُنَه في بَقِيّة الْمُدّةِ: فليس للمُؤْجِر منعُه من التَّسليم، وكذا ليس للمُستأجِر أن يَمتنِعَ من القَبض.

فهذا دَليلٌ على أن العقدَ لم يَنفسِخ، ولكنه يُفسَخُ.

ولأن أصلَ الْمَوضِعِ مَسكَنٌ بعدَ انهدامِ البِناءِ، يَتأتّى فيه السُّكنى بنَصب الفُسطاطِ، فبَقِي العقدُ لهذا، ولكن لا أجرَ على الْمُستأجِر؛ لعَدَم تَمكُّنِه من الانتِفاع على الوَجه الذي قَصَده بالاستِئجار.

ولو انقَطَع ماءُ الرَّحى والبيتُ مما يُنتفَعُ به لغَير[1] الطَّحنِ: فعليه من الأَجر بحِصّته؛ لأنه بَقِي شيءٌ من الْمَعقود عليه، فإذا استَوفى لَزِمَتْه حِصّتُه.

وإفلاسِ مُستأجِرِ حانُوتٍ ليَتَّجِرَ، أو مُؤْجِرِه ولَزِمه دَينٌ بعِيانٍ، أو بَيانٍ، أو إقرارٍ، ولا مالَ له سِواه.

ومن استَأجَر دُكّانًا في السُّوق ليَتَّجِرَ فيه، فأفلَس: فهذا عُذرٌ، وله أن يَنقُضَ الإجارةَ؛ لأنه استَأجَره للانتِفاع به، وهو يَتضرَّرُ بإبقاء العقدِ بعدَما أفلَس ضرَرًا لم يَلتزِمه بنَفس العقدِ.

وكذا لو آجَر دُكّانًا أو دارًا، ثم أفلَس، ولَزِمه دَينٌ بعِيانٍ، أو بَيانٍ، أو إقرارٍ، ولا مالَ له سِواه، ولا يَقدِرُ على قَضائه إلا بثَمَن ما آجَره[2]: فهذا عُذرٌ تُفسَخُ به الإجارةُ؛ لأن في إبقاء العقدِ ضرَرًا لم يَلتزِمه بالعَقد، وهو الحبسُ إلى سُقوط حقِّ الْمُستأجِرِ عن العَين.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يَحبِسَه القاضِي إذا تَعلَّق بماله حقُّ الْمُستأجِرِ، بل يَتأخَّرُ

(١) في (أ) و(هـ): بغير.

(٢) في سوى (أ) و(ج): آجر.

الحبسُ إلى أن تَنقضيَ الإجارةُ.

قُلنا: القاضِي لا يُصدِّقُه في أن لا وَفاءَ له إلا من ثَمَن الْمُستأجَرِ، فيَحبِسُه لهذا.

ثم العُذرُ إذا تَحقَّق تَنفسِخُ الإجارةُ بنَفس العُذرِ، أو يُحتاجُ فيه إلى الفَسخ؟ لم يَذكُر محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذا نصًّا في شيءٍ من الكُتب، وإشاراتُ الكُتُبِ مُتعارِضةٌ، في بَعضها يُشيرُ إلى أنه يَنفسِخُ بنَفس العُذرِ، وبه أخَذ بعضُ الْمَشايخِ، وفي عامّتها يُشيرُ إلى أنه يُحتاجُ فيه إلى الفَسخ، وعليه عامّةُ الْمَشايخِ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، وهو **الصَّحيحُ**.

ثم إذا احتِيج إلى الفَسخ على ما عليه إشاراتُ عامّةِ الكُتُبِ.. هل يَنفرِدُ صاحِبُ العُذرِ بالفَسخ، أو يُحتاجُ فيه إلى قَضاء القاضِي أو رِضا العاقِدِ الآخرِ؟ ذَكَر في «الزِّيادات»: أنه يُشترَطُ القَضاءُ أو الرِّضاءُ، وأَشار في «الجامِع الصَّغيرِ» وفي «الأَصل»: إلى أنه لا يُشترَطُ القَضاءُ ولا الرِّضاءُ.

ثم عامّةُ الْمَشايخِ الذين شَرَطوا النَّقضَ اختَلَفوا في ذلك، فقال بعضُهم: ما ذَكَر في «الزِّيادات» مَحمولٌ على عُذرٍ يَحتمِلُ الاشتِباهَ، كما إذا لَحِق الْمُؤْجِرَ دَينٌ، وهو يَدَّعي أنه لا وَفاءَ له إلا من ثَمَن ما آجَر؛ لأنه يُحتمَلُ أن يَكونَ له وَفاءٌ من غَير الْمُستأجَرِ، فيُحتاجُ فيه إلى القَضاء ليَزولَ الاشتِباهُ بالقَضاء ويَظهَرَ العُذرُ.

وما ذَكَر في «الأَصل» و«الجامِعِ الصَّغيرِ» مَحمولٌ على ما إذا كان العُذرُ واضِحًا لا اشتِباهَ فيه، فلا يُحتاجُ إلى القَضاء.

ومنهم من قال: في الْمَسألة رِوايتان.

وجهُ ما ذَكَر في «الجامِع الصَّغيرِ» وفي «الأَصل»: أن العُذرَ بمَنزِلة العَيبِ الحاصِلِ قبلَ القبضِ من الوَجه الذي سَبَق تَقريرُه، وفي العَيب قبلَ القبضِ لا يُحتاجُ في فَسخ العقدِ إلى القَضاء أو الرِّضاءِ، كما في بَيع العَينِ.

وجهُ ما ذَكَر في «الزِّياداتِ»، وهو **الأَصَحُّ**: أن هذا فصلٌ مُجتهَدٌ فيه، فيَتوقَّفُ على القَضاء أو الرِّضاءِ، كالرُّجوع في الهِبة.

وطَريقُ القَضاءِ: أن يَبيعَ الْمُؤْجِرُ الدّارَ أوّلًا، فإذا باع وهو لا يَقدِرُ على التَّسليم لتَعلُّق حقِّ الْمُستأجِرِ.. فالْمشتري يَرفَعُ الأمرَ إلى القاضِي، ويَطلُبُ منه فسخَ البيعِ أو تَسليمَ الدّارِ إليه، فالقاضِي يُمضِي البيعَ، فيَنفُذُ البيعُ، وتَنتقِضُ الإجارةُ.

وإنما لا يَنقُضُ القاضِي الإجارةَ قصدًا: لأنه لو نَقَضها قصدًا ربما لا يَتَّفِقُ البيعُ، فيَكونُ النَّقضُ إبطالًا لحقِّ الْمُستأجِرِ قصدًا، وإنه لا يَجوزُ.

وقِيل: يَفسَخُها ثم يَبيعُها.

وتركِ السَّفَرِ من مُستأجِر دابّةٍ له، ولو من الْمُكارِي[1] أو باع الْمُؤْجِرُ عبدَه: لا.

ومن استَأجَر دابّةً ليُسافِرَ عليها، ثم أَراد أن يَقعُدَ: فهذا عُذرٌ؛ لأنه لا يُمكِنُه استِيفاءُ الْمَعقودِ عليه إلا بالتِزام ضرَرٍ، وهو تعَبُ السَّفرِ[2]، فيَثبُتُ له حقُّ الفسخِ دفعًا لهذا الضَّرَر عن نَفسه.

ولأنه عسى يَتعذَّرُ[3] عليه السَّفَرُ بهَلاك أسبابِه، أو لفَوات مَقصودِه، فربما يَكونُ مَقصودُه الحجَّ، أو طلَبَ الغَريمِ، أو التِّجارةَ، فذَهَب وقتُه، أو حَضَر غَريمُه، أو حَصَلت تلك التِّجارةُ هنا.

---

(١) الكراء بالمد: الأجرة، وهو مصدر في الأصل، من كاريته، من باب قاتل، والفاعل مكارٍ، على النقص، والجمع مُكَارون ومُكارِين، مثل قاضون وقاضين، ومُكارِيُّون بالتشديد: خطأ. «المصباح» ٢/ ٥٣٢.

(٢) في (د): النفس.

(٣) في (ب) و(د): أن يتعذر.

ولو أَرادَ الْمُكارِي أن يَقعُدَ فذا ليس بعُذرٍ؛ لأنه يُمكِنُه إيفاءُ الْمَعقودِ عليه من غَيرِ التِزامِ ضرَرٍ، بأن يُقيمَ غيرَه مُقامَ نفسِه في الخُروجِ مع دَوابِّه، فيَبعَثَ غُلامَه أو تِلميذَه مع دَوابِّه.

وإن مَرِض الْمُؤْجِرُ، فقَعَد: فليس بعُذرٍ على رِواية «الأصلِ»؛ لأنه يُمكِنُه أن يُرسِلَ رَسولًا يَتبَعُ الدّابّةَ.

ورَوى الكَرْخيُّ أنه عُذرٌ؛ لأنه إذا مَرِض تعذَّر خُروجُه لا باختِياره، وغيرُه لا يَقومُ مَقامَه إلا بضرَرٍ، فيُدفَعُ عنه عندَ الضَّرورةِ، بخِلاف ما إذا أَراد أن يَقعُدَ؛ لأنه أمكَنه الخُروجُ، فإذا ترَكَ باختِياره فعليه أن يُقيمَ غيرَه مُقامَه.

ومن آجَر عبدًا، ثم باعه: فليس بعُذرٍ؛ لأنه لا يَلزَمُه الضَّرَرُ بالْمُضِيِّ على مُوجَب العقدِ، وإنما يَفوتُه الاستِرباحُ، وهو أمرٌ زائِدٌ، ولو نَقَضنا الإجارةَ به لَمَا سَلِمت إجارةٌ أبدًا، ولبَطَلت حَوائجُ النّاسِ.

وإفلاسِ[1] خَيّاطٍ استأجَر عبدًا، وإن أَراد ترْكَ الخَياطةَ وأن يَعمَلَ الصَّرفَ: لا.

وإن استأجَرَ الخيّاطُ غُلامًا ليَخيطَ معه، فأفلَس وترَكَ العمَلَ، وقام عن السُّوق: فهو عُذرٌ؛ لأنه عَجَز عن الْمُضِيِّ في مُوجَب العقدِ؛ لأن تِجارتَه تَنقطِعُ بالإفلاس، فتَبقى الإجارةُ غَرامةً عليه، فيَثبُتُ له حقُّ الفسخِ دفعًا للغَرامة عن نَفسه.

فإن قِيل: الخيّاطُ يَتوصَّلُ إلى الخِياطة بالْمِخْيَط والْمِقراضِ، ولا يَعجِزُ عن اكتِسابهما، فكيف يَتحقَّقُ إفلاسُه؟!

قُلنا: تأويلُ الْمَسألةِ في خيّاطٍ يَعمَلُ لنَفسه في ثِياب نفسِه، ثم يَبيعُ الثِّيابَ، كما هو عُرفُ أهلِ الكُوفةِ، لا الخيّاطُ الذي يَعمَلُ للنّاس، على أن الخيّاطَ الذي يَعمَلُ للنّاس قد

---

(١) الإفلاس: أفلس الرجل: أي صار ذا فَلس بعد أن كان ذا درهم ودينار، فاستعمل مكان افتقر، وفَلّسه القاضي: أي قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله. «الكليات» ص١٥٥.

يَعجِزُ عن ذلك، بأن تَظهَرَ خِيانتُه عندَ النّاسِ، فيَتحامَون عن مُعامَلته وتَسليمِ العمَلِ إليه.

وإن أَراد ترْكَ الخِياطةِ، وأن يَعمَلَ في الصَّرف: فهو ليس بعُذرٍ؛ لأنه يُمكِنُه أن يُقعِدَ الغُلامَ للخِياطة في ناحِيةٍ من الدُّكّان، وهو يَعمَلُ في الصَّرف في ناحِيةٍ أُخرى من الدُّكّان.

بخِلاف ما لو استَأجَر دُكّانًا لِيَبيعَ فيه الطَّعامَ، فبَدا له أن يَقعُدَ في سُوق الصَّيارِفةِ، فهذا عُذرٌ؛ لأن التِّجارةَ الأُولى ربما يَلحَقُه فيها خُسرانٌ، والعمَلُ بالأمرَين بنَفسه مُتعذِّرٌ، فجُعِل عُذرًا، وفي مَسألتنا العمَلُ بالأمرَين مُمكِنٌ؛ لأن العامِلَ شَخصان.

وسَفرِ مُستأجِرِ عبدٍ يَخدُمُه في الْمِصر.

ومن استَأجَر عبدًا لِيَخدُمَه في الْمِصر، ثم سافَر: فهو عُذرٌ؛ لأنه لا يُمكِنُه أن يُسافِرَ بالعَبد؛ لأن خِدمةَ السَّفرِ أشقُّ من خِدمة الحضَرِ، والحجْرُ عن السَّفر لاستِخدام العبدِ يُضِرُّه ضرَرًا غيرَ مُستحَقٍّ بالعَقد؛ لِما فيه من تَعطيل مَصالِحِ السَّفرِ، فكان عُذرًا.

وكذا الجَوابُ فيما إذا استَأجَر للخِدمة مُطلَقًا؛ لأن الْمُستأجِرَ لا يَملِكُ أن يُسافِرَ به، وإن كان العقدُ[1] مُطلَقًا لِما مَرّ.

بخِلاف ما لو آجَر العَقارَ ثم سافَر؛ لعَدَم الضَّررِ؛ لأن الْمُستأجِرَ يَتمكَّنُ من استِيفاء الْمَنفَعةِ بعدَ غَيبتِه، حتى لو أَراد الْمُستأجِرُ السَّفرَ فهو عُذرٌ؛ لِما فيه من الْمَنع من السَّفر، وفيه ضرَرٌ يُعطِّلُ[2] مَصالِحَ[3] السَّفرِ، أو إلزامُ[4] الأجرِ بلا سُكنى، وهو ضرَرٌ بيِّنٌ؛ والله أعلَمُ وأحكَمُ[5].

(١) في (هـ): العقد انعقد.

(٢) في (ج) و(هـ): تعطيل.

(٣) في (هـ): منافع.

(٤) في (ب) و(د): التزام.

(٥) كذا في (ج)، وفي (هـ): والله الموفق.

باب المتفرقات

أحرَق حصائِدَ[1] أرضٍ مُستأجَرةٍ، أو مُستَعارةٍ، فاحترَق شيءٌ في أرض غيرِه: لم يَضمَن(و).

ومن استأجَر أرضًا أو استعارها، فأحرَق الحَصائِدَ، فاحترَق شيءٌ في أرض غيرِه: لم يَضمَن؛ لأن هذا بسبَبٍ، وليس بمُباشَرةٍ، والضَّمانُ بطَريق التَّسبيبِ يَعتمِدُ التَّعدِّيَ في التَّسبيب؛ ألا تَرى أن من حَفَر بِئرًا في داره، فوَقَع فيها إنسانٌ، فهلَك: لا يَضمَنُ الحافِرُ؛ لأنه غيرُ مُتعدٍّ، ولو رَمى سهمًا في مِلكه، فأصاب نفسًا أو مالًا، فهلَك: يَضمَنُ؛ لأنه مُباشَرةٌ، فلم يَتوقَّف على التَّعدِّي.

وهذا لأن المُباشَرةَ عِلّةٌ، فلا يَبطُلُ حُكمُها بعُذرٍ، فأما التَّسبيبُ: فليس بعِلّةٍ، فلا بُدَّ من صِفة العُدوانِ ليَلتحِقَ بالعِلّة، وإحراقُ الحَصائِدِ هنا مُباحٌ وليس بتَعدٍّ، فلا يُضافُ التَّلَفُ إليه.

قال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا إذا كانت الرِّياحُ هادِئةً حينَ أوقَد النّارَ ثم تَغيَّرت؛ لأنه لا صُنعَ له في تَغيُّر الرِّياحِ، فأما إذا كانت الرِّياحُ مُضطرِبةً: يَنبَغي أن يَضمَنَ؛ لأن مُوقِدَ النّارِ في اليوم الرِّيحِ يَعلَمُ أن النّارَ لا تَستقِرُّ في أرضه، ولكنّ الرِّيحَ تَذهَبُ بها إلى أرض الجِيرانِ، فصار كأنه ألقاها في أرضهم.

---

(١) الحصائد: جمع حصيدة، وهي بقايا قوائم الزرع بعدما حصدت أعاليها. «الطلبة» ص١٥٧.
وأريد ههنا ما يبقى في الأرض من أصول القصب المحصود. «المغرب» ص١١٧.

خَيّاطٌ أو صَبّاغٌ أقعَد في حانُوته من يَطرَحَ عليه العَمَلَ بالنِّصف: صحّ.

خيّاطٌ أو صبّاغٌ أقعَد في حانُوته من يَطرَحُ عليه العمَلَ بالنِّصف: فهو جائِزٌ استِحسانًا؛ لأن هذه شِرْكةُ التَّقبُّلِ، وليست بإجارةٍ؛ وهذا لأن تَفسيرَ شِرْكةِ التَّقبُّلِ: أن يَكونَ ضَمانُ العمَلِ عليهما، وإن كان أحَدُهما يَتولّى القَبولَ من النّاس لجَاهه، والآخرُ يَتولّى العمَلَ لحَذاقته، وإذا وَجَدنا سَبيلًا إلى الحُكم بجَوازه[1]، وهو مُتعارَفٌ[2]: وَجَب القولُ بصِحّته، وإن كان القِياسُ يَأباه؛ لأنه استَأجَره بنِصف ما يَخرُجُ من عَمَله[3]، وهو مَجهولٌ.

استَأجَر جَمَلًا لحَمْل مَحمِلٍ[4] وراكِبَين: صحّ(و ف)، وله الْمَحمِلُ الْمُعتادُ، ورُؤيتُه أحَبُّ.

ومن استَأجَر جَمَلًا ليَحمِلَ عليه مَحمِلًا وراكِبَين إلى مكّةَ شرَّفها اللهُ تَعالى[5]: جاز، وله الْمَحمِلُ الْمُعتادُ.

وفي القِياس: لا يَجوزُ، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ؛ لأن الْمَحمِلَ مُتفاوِتٌ مَجهولٌ، فيُفضِي إلى الْمُنازَعة.

ولنا: أن الجَهالةَ تَزولُ بالصَّرف إلى الْمُعتاد.

وكذا إذا لم يَرَ الوِطاءَ والدُّثُرَ.

---

(١) في (د) و(هـ): لجوازه.

(٢) في (هـ): متعارف بين الناس.

(٣) في (أ) و(هـ): عمل.

(٤) المَحْمِل -وِزانُ مَجلِس-: الهودج، ويجوز مِحْمَل -وِزان مِقود-. «المصباح» ١/ ١٥١.

(٥) قوله: (شرفها الله تعالى) مثبت من (هـ).

وإن شاهَد الجمّالُ الْمَحمِلَ فهو أحبُّ؛ لأن الْمُشاهَدةَ أَنفى للجَهالة.

ولِمِقدارِ زادٍ(١)، فأكَل منه: رَدَّ(ف) عِوَضَه.

وإن استأجَر جَمَلًا ليَحمِلَ عليه مِقدارًا من الزّاد، فأكَل منه في الطَّريق: جاز أن يَزيدَ عِوَضَ ما أكَل، خِلافًا لبَعض أصحابِ الشّافعيّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه استُحِقَّ عليه حَملُ قَدْرٍ مُعيَّنٍ في جَميع الطَّريقِ، فله أن يَستوفِيَه، وكذا غيرُ الزّادِ من الْمَكيل والْمَوزونِ، وصار هذا كردِّ مِثْلِ ما شَرِب من الرّاوِية إلى الرّاوِية، فإنه جائزٌ بالاتِّفاق؛ لتَعامُل النّاسِ.

فإن قِيل: مُطلَقُ العقدِ يَنصرِفُ إلى الْمُتعارَف(٢)، والْمُعتادُ أنهم يَأكُلون ولا يَرُدُّون بدَلَه، ويَشرَبون الماءَ ويَرُدُّون بدَلَه.

قُلنا: العُرفُ مُشترَكٌ، فردُّ الزّادِ مُعتادٌ عندَ البعضِ، كردِّ الماءِ، فلا يُترَكُ العمَلُ بالإطلاق بما فيه تَردُّدٌ.

آجَر من مُؤْجِره، لا من غَيره، أو استأجَر بائِعَه لحِفظ الْمَبيعِ: فَسَد..

ولو آجَر الْمُستأجِرُ الْمُستأجَرَ من مُؤْجِره: لا يَصِحُّ، بخِلاف ما لو آجَره من غَيره؛ فإنه يَجوزُ؛ لأن الإجارةَ لتَمليك الْمَنفَعةِ، والْمُستأجِرُ في حقِّ الْمَنفَعةِ قائِمٌ مَقامَ الْمُؤجِرِ.

فإن آجَره بأكثَرَ مما استأجَر به، ولم يَزِد في البَيت شيئًا: لا تَطيبُ له الزِّيادةُ؛ لأنه رِبحُ ما لم يَضمَن.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَطيبُ؛ لأنه مَلَكها وقَبَضها، فدَخَلت في ضَمانه.

ولو استأجَر الْمُشتَري البائِعَ لحِفظ الْمَبيعِ قبلَ القبضِ: فَسَد؛ لأن الحِفظَ واجِبٌ

(١) زادُ المسافر: طعامه المتخذ لسفره، والجمع أزواد، وتزود لسفره وزودته: أعطيته زادًا. «المصباح» ١/ ٢٥٩.

(٢) في (ج): المعتاد.

عليه بلا أجرٍ.

وصحَّ لتَعليم عَمَلٍ.

وصَحَّ استِئجارُه لتَعليم عمَلٍ نحوِ الخِياطةِ؛ لأن الإجارةَ وَرَدت على عمَلٍ مَعلومٍ غيرِ مُستحَقٍّ عليه.

والْمُرتهِنُ والغاصِبُ كالبائِع.

والْمُرتهِنُ والغاصِبُ كالبائِع، أي لو استأجَر الرّاهنُ الْمُرتهِنَ أو المالِكُ الغاصِبَ للحِفظ: لا يَصِحُّ؛ لأن الحِفظَ مُستحَقٌّ عليهما، وإن استأجَرهما لتَعليم عمَلٍ يَجوزُ؛ لِما مَرّ.

وَكَّله ليَستأجِرَ دارًا، ففَعَل، وقَبَض، ومَنَع الآمِرَ أولًا حتى مَضت الْمُدّةُ: رَجَع الوَكيلُ بالأَجر على الآمِرِ، فإن شَرَط تَعجيلَ الأُجرةِ، وقَبَض، ومَضَت، ولم يَطلُب الآمِرُ: رَجَع، وإن طَلَب فأَبى ليُعجِّلَ: لا.

ولو وَكَّل رَجُلًا ليَستأجِرَ له دارًا بعَينها، فاستَأجَر، وقَبَضها ومَنَعها من الآمِرِ أَوَّلًا حتى مَضت الْمُدّةُ: فالأجرُ على الوَكيل؛ لأنه أصيلٌ في الحُقوق، ورَجَع الوَكيلُ بالأَجر على الآمِرِ؛ لأنه في القَبض نائِبٌ عن الْمُوكِّل في حقِّ مِلكِ الْمَنفَعةِ، فصار قابِضًا له حُكمًا، والآمِرُ لو خاصَمه فيها يُحكَمُ له بها.

فإن شَرَط الوَكيلُ تَعجيلَ الأُجرةِ، وقَبَض الدّارَ، ومَضَت الْمُدّةُ، ولم يَطلُبها الآمِرُ منه: رَجَع الوَكيلُ بالأَجر عليه؛ لأن الآمِرَ صار قابِضًا بقَبضه ما لم يَظهَر المنعُ.

ولو طَلَبها، فأَبى حتى يُعجِّلَ: لا يَرجِعُ به على الآمِرِ؛ لأنه لَمّا حَبَس الدّارَ من الآمِرِ وله حقُّ الحبسِ.. خَرَجت يدُ الوَكيلِ من أن تكونَ يدَ نِيابةٍ، فلم يَصِر الْمُوكِّلُ قابِضًا

حُكمًا، ولم تَصِر الْمَنافِعُ حادِثةً في يَد الْمُوكِّلِ حُكمًا، فلم يَجِب الأجرُ على الْمُوكِّل.

استأجَرا دابّةً إلى الكُوفة، فلما بَلَغا قال أحَدُهما: (كان إليها ذاهِبًا وآيِبًا)، وقال الآخَرُ: (إلى مَكّةَ) كذلك: جَعَلها القاضِي مَوقوفةً، وأُمِرا بالنَّفَقة، وله بيعُها، ودفعُ ما أنفَقا.

استأجَر رَجُلان دابّةً للرُّكوب من الرَّيِّ إلى الكُوفة، فلما بَلَغا الكُوفةَ قال أحَدُهما: (اكتَرينا إلى الكُوفة ذاهِبًا وآيِبًا)، وقال الآخرُ: (إلى مكّةَ شَرَّفها اللهُ تَعالى[1] ذاهِبًا وآيِبًا): جَعَلها القاضِي مَوقوفةً؛ لاتِّفاقهما على أنها لغَيرهما، ويَمنَعُ كلَّ واحِدٍ منهما من الذَّهاب إلى الْمَوضِع الذي يَدَّعي؛ لِما فيه من إبطال يدِ الآخرِ، وأُمِرا بالنَّفَقة عليها؛ صِيانةً لحقِّ المالِكِ.

وهذا إذا أقام كلُّ واحِدٍ منهما بيّنةً على ما ادَّعاه؛ لأنه ثبَت كونُهما أمينَين بالحُجّة، وله بيعُها، ودَفعُ ما أنفَقا إليهما؛ لأن الإنفاقَ بأمر القاضِي كالإنفاق بإذن صاحِبِها.

فإن طَلَبا الكِراء لم يَدفَع، وجَعَل الثَّمَنَ في يَدَيهما إلى أن يُبرهِنا أن ربَّها مات، وله أن لا يَسمَعَ خُصومتَهما.

فإن طَلَب كلُّ واحِدٍ منهما الكِراءَ الذي دُفِع إلى صاحِب الدّابّةِ: لم يَدفَع؛ لأن فيه قَضاءً على الغائِب، ولكن يُجعَلُ الثَّمَنُ في أيدِيهما مَوقوفًا إلى أن يُبرهِنا أن ربَّها مات، وللقاضِي أن لا يَسمَعَ خُصومتَهما، ولا يَأمُرَ بالبَيع والنَّفَقةِ؛ لأن فيه قَضاءً على الغائِب بوجهٍ، وفيه حِفظُ مالِ الغائِبِ، فيَميلُ إلى أيِّ جانِبٍ شاء.

ولو قال الْمُستأجِرُ: (عَشرٌ أجرُه إلى كذا)، وقال الْمُؤجِرُ: (هو لنِصفه)، وبرْهَنا: فللتَّمام عَشرٌ(ز).

(١) قوله: (شرفها الله تعالى) مثبت من (هـ).

ولو قال الْمُستأجِرُ: (اكترَيتُ الدّابّةَ من الكُوفة إلى بَغدادَ بعَشَرة دَراهِمَ)، وقال الْمُؤْجِرُ: (بل إلى القَصر بعَشَرة دَراهِمَ)، وبَرْهَنا:

فعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ أوّلًا: يُقضى بها إلى بَغدادَ بخَمسة عشَرَ دِرهَمًا؛ لأن الْمُدَّعِيَ يَدَّعي إلى القَصر بخَمسةٍ؛ لأنه مُنصِّفُ طَريقِ الكُوفةِ إلى بَغدادَ، وربُّ الدّابّةِ يَدَّعي إلى القَصر بعَشَرةٍ، فتُقبَلُ بَيِّنةُ ربِّ الدّابّةِ في إثبات زِيادةِ الخَمسةِ، ثم إن ربَّ الدّابّةِ أنكَر إجارةَ ما وراءَ القصرِ إلى بَغدادَ، والْمُستأجِرَ أثبَت ذلك من القَصر إلى بَغدادَ بخَمسةٍ، فتُقبَلُ بَيِّنتُه، فيَصيرُ خَمسةَ عشَرَ.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ آخِرًا، وهو قولُهما: يُقضى ببيِّنة الْمُستأجِرِ إلى بَغدادَ بعشَرةٍ؛ لأنهما اتَّفَقا على أنه لم يَجْرِ بينَهما إلا عقدٌ واحِدٌ، والاختِلافُ وَقَع في زِيادة الْمَسافةِ، والْمُستأجِرُ هو الذي يُثبِتُ الزِّيادةَ، فتُقبَلُ بيِّنتُه.

الإجارةُ[ف]، وفسخُها، والْمُزارَعةُ، والْمُعامَلةُ[١]، والْمُضارَبةُ، والوَكالةُ، والكَفالةُ، والإيصاءُ، والوَصِيّةُ، والقَضاءُ، والإمارةُ، والطَّلاقُ، والعَتقُ: **تَصِحُّ مُضافًا.**

الإجارةُ الْمُضافةُ إلى وقتٍ في الْمُستقبَل تَصِحُّ عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَصِحُّ؛ لأن الْمَنفَعةَ عندَه كالعَين، فأشبَه بيعَ العَينِ.

ولنا: أن مُطلَقَها يَقَعُ مُضافًا؛ لأنه يَتجدَّدُ انعِقادُه بحَسَب ما يَحدُثُ من الْمَنفَعة، فصارت هذه الْمَسألةُ بِناءً[٢] على ما مَهَّدنا من الأَصل في أوّل الكِتابِ.

وجُملةُ ما يَصِحُّ مُضافًا أربَعةَ عشَرَ: الإجارةُ، وفسخُها، والْمُزارَعةُ، والْمُعامَلةُ،

---

(١) المعاملة عند العامة: يراد بها التصرف من البيع ونحوه، وفي كلام الفقهاء أهل العراق: المساقاة في لغة الحجازيين. «التعريفات الفقهية» ص٢٠٩.

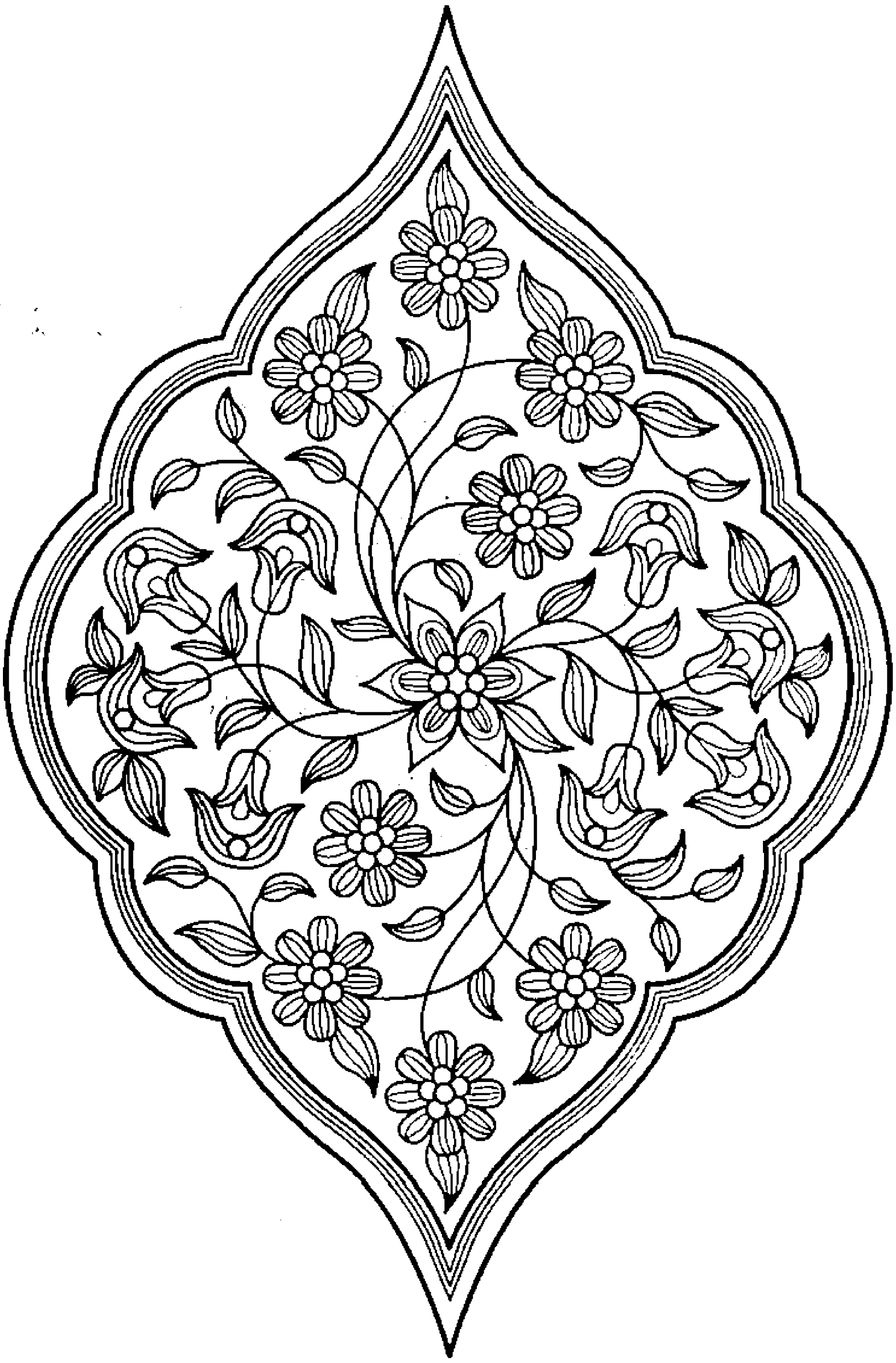
(٢) في (ب) و(د): نصًا.

والْمُضارَبةُ، والوَكالةُ، والكَفالةُ، والإيصاءُ، والوصِيّةُ، والقَضاءُ، والإمارةُ، والطَّلاقُ، والعَتاقُ، والوقفُ.

لا البيعُ، وإجازتُه، وفسخُه، والقِسمةُ، والشِّرْكةُ، والهِبةُ، والنِّكاحُ، والرَّجعةُ، والصُّلحُ عن مالٍ، وإبراءُ الدَّينِ.

وما لا يَصِحُّ مُضافًا عشَرةٌ: البيعُ، وإجازةُ البيعِ، وفسخُه، والقِسمةُ، والشِّرْكةُ، والهِبةُ، والنِّكاحُ، والرَّجعةُ، والصُّلحُ عن مالٍ، والإبراءُ عن الدَّين، واللهُ أعلَمُ.

كِتَابُ المُكَاتَبِ



كتاب المكاتب

كِتابُ الْمُكاتَبِ

الكِتابةُ: التَّحريرُ يدًا في الحال، ورَقَبةً عندَ أداءِ المالِ.

ومَدارُ التَّركيبِ على الجَمع، ومنه: كَتْبُ الكِتابِ؛ لأنه جمعُ الحُروفِ وضمُّ بعضِها إلى بعضٍ، وكَتْبُ السِّقَاءِ: خَرْزُه، والكَتيبةُ: الطّائفةُ من الجَيش، فسُمِّي هذا العقدُ الذي جَرى بينَ الْمَولى وعبدِه كِتابةً: لأنه لا يَخلو عن كَتْبِه الوثيقةِ عادةً.

ورُكنُها: الإيجابُ والقَبولُ.

وحُكمُها: صَيرورةُ العبدِ أخصَّ بنَفسه ومَنافِعِ نفسِه من سَيِّده، حتى لا يَبقى له عليه وعلى أكسابه سَبيلٌ.

كاتَب مَملوكَه، ولو صَغيرًا[ف] يَعقِلُ، بمالٍ حالٍّ[ف]، أو مُؤجَّلٍ، أو مُنجَّمٍ[1]، وقَبِل، أو قال: (جَعَلتُ عليك كذا تُؤدِّيه نُجومًا، أوَّلُ النَّجمِ كذا وآخِرُه كذا، إن أدَّيتَ فأنت حُرٌّ، وإلا فقِنٌّ): صحّ[و].

(١) كانت العرب تؤقت بطلوع النجوم؛ لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب، وإنما يحفظون أوقات السنة بالأنواء، وكانوا يسمون الوقت الذي يحل فيه الأداء نجمًا تجوزًا؛ لأن الأداء لا يعرف إلا بالنجم، ثم توسعوا حتى سموا الوظيفة نجمًا؛ لوقوعها في الأصل في الوقت الذي يطلع فيه النجم، واشتقوا منه فقالوا: نَجَّمتُ الدين -بالتثقيل-: إذا جعلتَه نجومًا، قال ابن فارس: النجم وظيفة كل شيء، وكل وظيفة نجم. «المصباح» ٢/ ٥٩٤.

وشرطُ جوازِها: قِيامُ الرِّقِّ في المحَلّ، فلو كاتَب مَملوكَه ولو صَغيرًا يَعقِلُ بمالٍ حالٍّ، أو مُؤجَّلٍ، أو مُنجَّمٍ، وقَبِل، أو قال: (جَعَلتُ عليك كذا تُؤدِّيه نُجومًا، أوَّلُ النَّجمِ كذا وآخِرُه كذا، إن أدَّيتَ فأنت حُرٌّ، وإلا فقِنٌّ): صَحّ، ولا يَجِبُ حطُّ شيءٍ.

اعلَم أن الكِتابةَ جائزةٌ؛ لقَوله تَعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ [النور: ٣٣].

وهذا ليس أمرَ إيجابٍ باتِّفاق الفُقَهاءِ.

وقال داودُ ومن تابَعه رَحِمَهُمُٱللَّهُ: إذا طَلَب العبدُ من مَولاه أن يُكاتِبَه، وقد عَلِم الْمَولى فيه خيرًا: يَجِبُ عليه أن يُكاتِبَه؛ لأن الأمرَ يُفيدُ الوُجوبَ.

ولنا: أن هذا أمرُ ندبٍ، والنَّدْبيّةُ مُتعلِّقةٌ بهذا الشَّرطِ.

وقال بعضُ مَشايخِنا رَحِمَهُمُٱللَّهُ: الأمرُ قد يَكونُ لبيان الإباحةِ والجَوازِ، كقَوله تَعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْۚ﴾ [المائدة: ٢].

وقولُه تَعالى: ﴿إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ مَذكورٌ على وِفاق العادةِ؛ لأن الْمَولى إنما يُكاتِبُ عبدَه إذا عَلِم فيه خيرًا، ولكن هذا ضَعيفٌ؛ لأن فيه إلغاءَ الشَّرطِ؛ إذ الإباحةُ ثابِتةٌ بدُون هذا الشَّرطِ.

والْمُرادُ بالخَير: أن لا يُضِرَّ بالْمُسلِمين بعدَ العِتقِ، فإن كان يُضِرُّ بهم فالأفضَلُ أن لا يُكاتِبَه، ولو فَعَله صَحّ، وقيل: ﴿خَيۡرٗاۖ﴾، أي: وَفاءً وأمانةً وصَلاحًا.

ولا فرقَ بينَ العبدِ والأمةِ، والكَبيرِ والصَّغيرِ إذا كان يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ؛ لأن قولَه تَعالى: ﴿مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ [النور: ٣٣] يَنتظِمُ الكلَّ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ: لا تَصِحُّ كِتابةُ الصَّغيرِ؛ لأنه ليس بأهلٍ له.

ولنا: أنه إذا كان عاقِلًا كان من أَهل القَبولِ، وإذا وُجِد الإيجابُ والقَبولُ صار هو كالكَبير، ولأن التَّصرُّفَ نافِعٌ محضٌ في حقِّه، فصار كقَبول الهِبةِ.

فإن كان عبدًا صَغيرًا لا يَعقِلُ لم تَجُز؛ لأن الكِتابةَ لا تَنعقِدُ إلا بإيجابٍ وقَبولٍ؛ لأنها عقدُ مُعاوَضةٍ، والذي لا يَعقِلُ ليس من أَهل القَبولِ.

فإن كان لا يَعقِلُ، فكاتَبه، ثم أدّاها عنه رَجُلٌ آخرُ، فقَبِلها الْمَولى عنه[1]: لم يَعتِق؛ لأن أداءَ البدَلِ إنما يُتصوَّرُ في عقدٍ مُنعقِدٍ لا في عقدٍ باطِلٍ، ويَرُدُّ المالَ على صاحِبه؛ لأنه أدّاه باعتِبار سبَبٍ باطِلٍ.

ويَجوزُ أن يَشترِطَ المالَ حالًّا ومُؤجَّلًا ومُنجَّمًا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَجوزُ الكِتابةُ إلا مُؤجَّلًا مُنجَّمًا، وأَقلُّه نَجمان؛ لأنه عقدٌ ببدَلٍ لا يَقدِرُ على أَدائه؛ لأنه كان مَملوكًا لا يَقدِرُ على شيءٍ، وفي زَمانٍ يَسيرٍ لا تَثبُتُ القُدرةُ على الكَسب على مالٍ كَثيرٍ، والعجزُ الطّارئُ يُبطِلُ الكِتابةَ، فلأَنَ يَمنعَ انعِقادَها أَولى.

بخِلاف السَّلَمِ الحالِّ؛ حيث جاز عِندي[2]: لأنه عقدٌ جَرى بينَ الحُرَّين، والظّاهرُ هو القُدرةُ على ما الترَم؛ لكَونه أهلًا للمِلك قبلَ العقدِ، وقد قام دَليلُ القُدرةِ، وهو الإقدامُ على العَقد.

ولنا: ظاهِرُ ما تَلَونا من غَير قيدِ التَّأجيلِ والتَّنجيمِ، فلا يُزادان على النَّصِّ بالرَّأي.

ولأن البدَلَ في الكِتابة مَعقودٌ به، كالثَّمَن في البَيع، حتى صَحَّ الاستِبدالُ به قبلَ القبضِ، والقُدرةُ على تَسليم الثَّمَنِ ليست بشرطٍ لصِحّة الشِّراءِ؛ فإن من اشترى شيئًا

(١) مثبتة من (هـ).

(٢) أي الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَى.

بِبدَلٍ ليس عندَه يَجوزُ، فكذا القُدرةُ على تَسليم بدَلِ الكِتابةِ لا يُشترَطُ.

بخِلاف السَّلَمِ على أَصلنا؛ لأن الْمُسلَمَ فيه مَعقودٌ عليه، والقُدرةُ على تَسليم الْمَعقودِ عليه شرطٌ؛ فإن من باع شيئًا ليس عندَه لا يَجوزُ، فشَرَطنا الأجَلَ في السَّلَم لتَثبُتَ القُدرةُ على التَّسليم بالتَّحصيل في الْمُدّة.

ولأن الكِتابةَ عقدُ إرفاقٍ، فالظّاهرُ أنه لا يُضيِّقُ على عَبده، ولا يُطالِبُه ما لم يَعلَم قُدرتَه عليه، إلا أنه لا يَذكُرُ الأجَلَ ليَكونَ مُنفصِلًا في تَأخير الْمُطالَبةِ كما كان في أَصل العقدِ، بخِلاف السَّلَمِ؛ لأنه مَبنيٌّ على الْمُضايَقة والْمُماكَسةِ، فالظّاهرُ أنه لا يُؤَخِّرُ عندَ تَوجُّهِ الْمُطالَبةِ نحوَه، وفي الحالِّ كما امتَنَع عن الأَداء يُرَدُّ في الرِّقّ؛ للعَجز عن أَداء البَدَلِ في زَمان الوُجوبِ

وإنما شُرِط قَبولُ الْمَملوكِ: لأن المالَ يَلزَمُه، فشُرِط التِزامُه.

ولا يَعتِقُ إلا بأَداء كلِّ البدَلِ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُكاتَبُ عبدٌ ما بَقِي عليه دِرهَمٌ»[1]، ولأن أحدَ العِوَضَين لم يَدخُل في مِلك المالِكِ، فلا يَخرُجُ العِوَضُ الآخَرُ عن مِلكه.

وفيه اختِلافُ الصَّحابةِ رِضوانُ اللهِ عليهم أجمَعين:

فقال زيدُ بنُ ثابتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِثلَ قولِنا[2].

وقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَعتِقُ بقَدْر ما أدّى[3].

---

(١) رواه أبو داود (٣٩٢٦)، ورواه الإمام مالك في «الموطأ» ٢/ ٧٨٧ موقوفًا على ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٨٦٢)، والإمام الشّافعي (٢٢٧) بترتيب السندي، وعبد الرزاق (١٥٧٢١)، والبيهقي (٢١٦٤١).

(٣) رواه عبد الرزاق (١٥٧٣٤)، وابن أبي شيبة (٢٠٥٨٤)، وفيه حديث مرفوع رواه النسائي=

وقال ابنُ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا أدّى قَدْرَ قِيمتِه يَعتِقُ، وفيما زاد على ذلك يَكونُ الْمَولى غَريمًا من غُرَمائه[1].

وقال ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: يَعتِقُ بنَفس العقدِ، ويَكونُ الْمَولى غَريمًا من غُرَمائه[2].

وإنما اختَرنا قولَ زيدِ بنِ ثابتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بما رَوَينا[3]، وبقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أيُّما عبدٍ كُوتِب على مِائة دِينارٍ، فأدّاها إلا عشَرةَ دَنانيرَ: فهو عبدٌ»[4].

ويَعتِقُ الْمُكاتَبُ بأَداء المالِ، سَواءٌ قال له الْمَولى: (إن أدّيتَ إليّ ألفًا فأنت حُرٌّ) أو لم يَقُله واقتَصَر على قَوله: (كاتَبتُك)؛ لأن العِتقَ عندَ الأداءِ حُكمُ العقدِ، وحُكمُ العقدِ يَثبُتُ بدُون التَّصريحِ به، كما في البَيع.

ولو قال لعَبده: (جَعَلتُ عليك ألفًا تُؤدِّيه إليَّ نُجومًا، أوَّلُ النَّجمِ كذا وآخِرُه كذا، فإذا أدّيتَه فأنت حُرٌّ، وإن عَجزتَ فأنت رَقيقٌ): صَحَّ استِحسانًا، والقِياسُ: أن لا يَصِحَّ؛ لأن ذِكرَ النُّجومِ فصلٌ في الكِتابة عندَنا، فنَجعَلُ وُجودَ ذِكرِها كعَدَمها، فبَقِي قولُه: (قد جَعَلتُ عليك ألفَ دِرهَمٍ)، وهو بظاهِره ضَريبةٌ، وقولُه: (إن أدَّيتَه فأنت حُرٌّ)، وهو تَعليقٌ.

=(٤٨١١) عن ابن عباس عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المكاتب يعتق بقدر ما أدى، ويقام عليه الحد بقدر ما عتق منه، ويرث بقدر ما عتق منه».

(١) روى عبد الرزاق (١٥٧٣٧) وابن أبي شيبة (٢٠٥٧٥) -عن ابن مسعود فقط- أن ابن مسعود وشريحًا كانا يقولان: إذا أدى الثلث فهو غريم.

وروى ابن أبي شيبة (٢٠٥٧٤) قال عبد الله: إذا أدى المكاتب من رقبته فلا رد عليه في الرق.

(٢) روى عبد الرزاق (١٥٧١٨) عن ابن عباس قال: إذا بقي على المكاتب خمس أواق، أو خمس ذود، أو خمس أوسق: فهو غريم.

(٣) أي من حديث: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم».

(٤) رواه الإمام أحمد (٦٦٦٦)، وأبو داود (٣٩٢٧)، وابن ماجه (٢٥١٩).

وجهُ الاستِحسانِ: أن العِبرةَ في العُقود للمَعانِي؛ ألا ترى أن الْمُضارَبةَ بشَرط الرِّبحِ كلِّه لربِّ المالِ بِضاعةٌ، وبشَرطه للمُضارِب: إقراضٌ، وقد وُجِد مَعنى الكِتابةِ هنا؛ لأن مَعنى الكِتابةِ سُنّةٌ وعادةٌ هذا، وعندَ الإطلاقِ يَصِحُّ، فعندَ التَّفسيرِ أَولى.

ولو قال: (إذا أدَّيتَ إليَّ ألفًا كلَّ شهرٍ مِائةً فأنت حُرٌّ): فهذه مُكاتَبةٌ في رِواية أبي سُلَيمانَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن التَّنجيمَ يَدُلُّ على الوُجوب، وذا بالكِتابة؛ وهذا لأنه للتَّخفيف، وذا إنما يَكونُ عندَ الوُجوبِ.

وفي رِواية أبي حفصٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَكونُ مُكاتَبةً، بل يَكونُ إذنًا، كما لو عَلَّق بالأداء مرّةً.

ولا يَجِبُ حطُّ شيءٍ(ف)، فيَخرُجُ من يَده، دونَ مِلكِه، وغَرِم إن وَطِئ مُكاتَبته، أو جَنى عليها، أو على وَلَدها، أو أتلَف مالَها.

ولا يَجِبُ حطُّ شيءٍ من البَدَل.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ حطُّ رُبُعِ البدَلِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَوقوفًا عليه ومَرفوعًا إلى رَسول اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قَرَأ هذه الآيةَ وقال: «هو رُبُعُ الكِتابةِ»[1].

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٥٥٨٩)، والنسائي في «الكبرى» (٥٠١٨)، والطبراني في «الأوسط» (٣٠٠١)، ورواه البيهقي (٢١٦٦٨) موقوفًا على علي رضي الله تعالى عنه، وقال: هذا هو الصحيح موقوفًا، وكذلك رواه ورقاء بن عمرو وخالد بن عبد الله وأسباط بن محمد عن عطاء بن السائب موقوفًا، وكذلك رواه غير عطاء عن أبي عبد الرحمن عبد الله بن حبيب السلمي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ موقوفًا.

ورواه الحاكم (٣٥٠١) عن عطاء بن السائب أن عبد الله بن حبيب أخبره عن علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] قال: «يترك=

ولنا: أنها عقدُ مُعاوَضةٍ، ولا يَجِبُ الحطُّ في سائِرِ الْمُعاوَضاتِ، فكذا فيها؛ وهذا لأن الكِتابةَ سبَبٌ لوُجوب مالِ الكِتابةِ على العَبد، فلا تَكونُ سببًا بعَينه لاستِحقاق الحطِّ الذي يُضادُّ الوُجوبَ، كالبَيع، والأمرُ للنَّدب، كالأمر بالكِتابة.

وعن الكَلبيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الْمُرادُ بالإيتاء: دفعُ الصَّدَقةِ[1] إليهم، رَواه عن جَماعةٍ من الصَّحابة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ[2]، وهو الظّاهرُ؛ لأن الإيتاءَ يَدُلُّ على التَّمليك، وذا في التَّصدُّق

= للمكاتب الربع». قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وعبد الله بن حبيب هو أبو عبد الرحمن السلمي، وقد أوقفه أبو عبد الرحمن عن علي في رواية أخرى.

وقال الذهبي في «مختصره»: صحيح، وروي موقوفًا.

(١) في (هـ): الصدقات.

(٢) روى الفراء في «معاني القرآن» ٢/ ٢٥١ قال: عن حبان عن الكلبي عن أبي صالح عن علي بن أبي طالب قال: يعطيه ثلث مكاتبته، يعني المولى يهب له ثلث مكاتبته. انتهى.

وقال عبد الرزاق في «تفسيره» (٢٠٤٠) قال معمر: وقال الكلبي: إنما يعني بهذا الناس آتوا المكاتب من مال الله الذي آتاهم يحضهم بذلك على الصدقة.

وروى الطبري في «تفسيره» ١٧/ ٢٨٧ في تفسير الآية: قال آخرون: بل ذلك حض من الله أهل الأموال على أن يعطوهم سهمهم الذي جعله لهم من الصدقات المفروضة لهم في أموالهم بقوله: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠]، قال: فالرقاب التي جعل فيها أحد سهمان الصدقة الثمانية هم المكاتبون، قال: وإياه عنى جل ثناؤه بقوله: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، أي سهمهم من الصدقة.

ثم روى عن ابن زيد عن أبيه: قوله: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ قال: يحث الله عليه، يعطونه... ثم ذكر آثارًا أخرى ثم قال: وأولى القولين بالصواب في ذلك عندي القول الثاني، وهو قول من قال: عنى به إيتاءهم سهمهم من الصدقة المفروضة، وإنما قلنا ذلك أولى القولين: لأن قوله: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ أمر من الله تعالى ذكره بإيتاء المكاتبين من ماله الذي آتى أهل الأموال، وأمر الله فرض، على عباده الانتهاء إليه، ما لم يخبرهم أن مراده الندب، لما قد بينا في غير موضع من=

عليهم؛ لأن الحطَّ لا يكونُ تمليكًا.

وإذا صَحَّت الكِتابةُ خَرَج الْمُكاتَبُ من يَد الْمَولى؛ لأن مُوجَبَ الكِتابةِ مالِكيّةُ اليدِ في حقِّ الْمُكاتَبِ، ولهذا لا يَمنعُه الْمَولى من الخُروج للسَّفَر، ولو شَرَط عليه أن لا يَخرُجَ كان الشَّرطُ باطِلًا؛ لأن ذلك ثَبَت له لضَرورة هذه المالِكيّةِ، ومَقصودُ الْمَولى من إثبات هذه المالِكيّةِ له أن يَتمكَّنَ من أَداء البدَلِ بالتَّكسُّب، وربما لا يَتمكَّنُ من الأَداء إلا بالخُروج من بَلدةٍ إلى بَلدةٍ، ولم يَخرُج من مِلكه؛ لِما رَوَينا[1].

ولأنها عقدُ مُعاوَضةٍ، فتَقتَضي الْمُساواةَ بينَ العاقِدَين، وأصلُ البدَلِ يَجِبُ للمَولى في ذِمّته بنَفس العقدِ، ولكنه ضَعيفٌ لا يَتِمُّ مِلكُه فيه إلا بالقَبض؛ لأن ثُبوتَه في ذِمّته مع

= كتابنا، فإذ كان ذلك كذلك ولم يكن أخبرنا في كتابه ولا على لسان رسوله ﷺ أنه ندب، ففرض واجب، وإذ كان ذلك كذلك وكانت الحجة قد قامت أن لا حق لأحد في مال أحد غيره من المسلمين إلا ما أوجبه الله لأهل سهمان الصدقة في أموال الأغنياء منهم، وكانت الكتابة التي يقتضيها سيد المكاتب من مكاتبه مالًا من مال سيد المكاتب؛ فيفاد أن الحق الذي أوجب الله له على المؤمنين أن يؤتوه من أموالهم هو ما فرض على الأغنياء في أموالهم له من الصدقة المفروضة، إذ كان لا حق في أموالهم لأحد سواها. انتهى.

وقال الرازي في «مفاتح الغيب» ٢٣/ ٣٧٥: وثالثها: أن هذا أمر من الله تعالى للسادة والناس أن يعينوا المكاتب على كتابته بما يمكنهم، وهذا قول الكلبي وعكرمة والمقاتلَين والنخعي. انتهى.

وروى عبد الرزاق (١٥٥٩٢) والبيهقي (٢١٦٧٢) واللفظ له عن فضالة بن أبي أمية عن أبيه: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كاتبه، فاستقرض له مائتين من حفصة إلى عطائه، فأعانه بها، قال: فذكرت ذلك لعكرمة فقال: هو قول الله عز وجل: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

وروى ابن أبي شيبة (٢١١٣٥) عن أبي عبد الرحمن أنه كاتب غلامًا فأعطاه الربع، وقال: هذا قول علي: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

(١) أي من حديث: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم».

الْمُنافِي؛ إذ الْمَولى لا يَستوجِبُ على عَبده دَينًا، ولهذا لا تَصِحُّ الكَفالةُ به، فتَثبُتُ للعَبد بمُقابَلته مالِكيّةٌ ضَعيفةٌ أيضًا، فإذا تَمَّ الْمِلكُ للمَولى بالقَبض تَتِمُّ المالِكيّةُ[1] للعَبد أيضًا، وتَمامُ المالِكيّةِ لا يَكونُ إلا بالعِتق، فيَعتِقُ لضَرورة إتمامِ المالِكيّةِ.

فإن أعتَقه نَفَذ عَتقُه؛ لبَقائه على مِلكه، وسَقَط عنه بدَلُ الكِتابةِ؛ لأنه لم يَلتزِمه مجّانًا، وإنما التَزَمه مُقابَلًا بالعِتق، وقد حَصَل بدُونه.

وإن وَطِئ الْمَولى مُكاتَبتَه لَزِمه العُقرُ؛ لأنه لا يُمكِنُ إيجابُ الحدِّ؛ لبَقاء الْمِلكِ رَقَبةً، فتَعيَّن العُقرُ، ويَكونُ العُقرُ لها؛ لأنها صارت أخصَّ بكَسبها وأجزائِها؛ لتَتوسَّلَ إلى الْمَقصود بالعَقد -وهو الحُرِّيّةُ- بأَداء البدَلِ، ومَنافِعُ البُضعِ مُلحَقةٌ بالأَجزاء والأعيانِ، ولهذا كان التَّأبيدُ من شَرطه، كالبَيع، لا كالإجارة[2]، ولهذا لو استُحِقَّت الأمةُ غَرِم الْمُشتَري العُقرَ وقِيمةَ الولَدِ دونَ الْمَنفَعةِ، ولو كان في حُكم الْمَنفَعةِ لَمَا غَرِم.

ولو جَنى عليها أو على وَلَدها: لَزِمَته الجِنايةُ، وإن أتلَف مالًا لها غَرِم؛ لأنها لَمّا صارت أخصَّ بنَفسها وأجزائِها وأكسابِها.. صار الْمَولى كالأجنَبيِّ في حقِّها، فيَغرَمُ كالأجنَبيِّ.

---

(١) في (هـ): المالكية به.

(٢) قوله: (ولهذا كان التأبيد من شرطه كالبيع لا كالإجارة) مثبت من (ج). وهذه الجملة إلى آخر الفقرة ليست في «الهداية» ٣/ ٢٥١ وفيها ما قبلها والفقرة التي بعدها.

فصل في الكتابة الفاسدة

الأصلُ: أن ما صَلَح مهرًا في النِّكاح صَلَح بدَلًا في الكِتابة؛ لأنها مُبادلةُ مالٍ بما ليس بمالٍ؛ إذ البدَلُ في الحال مُقابَلٌ بفكِّ الحَجْرِ، وهو ليس بمالٍ، فصارت كالنِّكاح.

وإن كاتَب على خمرٍ، أو خِنزيرٍ، أو قِيمتِه، أو عَينٍ لغَيره، أو مِائةٍ ليَرُدَّ سَيِّدُه وَصيفًا(س): فَسَد، فإن أدّى الخمرَ عَتَق، وسَعى في قِيمته، ولم يُنقَص من الْمُسمّى، وزِيدَ عليه.

وإن كاتَب الْمُسلِمُ عبدَه على خمرٍ، أو خِنزيرٍ، أو على قِيمته، أو على شيءٍ عَينِ لغَيره، أو على مِائة دِينارٍ.. على أن يَرُدَّ الْمَولى عليه عبدًا بغَير عَينِه: فالكِتابةُ فاسِدةٌ.

أما الخمرُ والخِنزيرُ: فلأنه لا ماليّةَ لهما في حقِّنا، فلا يَصلُحان بدَلًا، كما لا يَصلُحان مهرًا، فيَفسُدُ العقدُ؛ لأن تَسميةَ ما لا ليس بمُتقوِّمٍ في عقدٍ يَحتاجُ إلى تَسمِية البدَلِ تُوجِبُ فَسادَ العقدِ، كالبَيع.

وإنما لا يَفسُدُ النِّكاحُ: لأن تَسميةَ ما لا يَصلُحُ مهرًا جُعِل كعَدَمه، وعدَمُ التَّسميةِ لا يُفسِدُ النِّكاحَ.

وأما القِيمةُ: فلأنها مَجهولةٌ جِنسًا؛ لأنها تارةً تكونُ من الدَّراهِم، وطَورًا تكونُ من الدَّنانير، وقَدْرًا؛ لأنه يَختلِفُ مِقدارُها باختِلاف الْمُقوِّمين، ووصفًا، فصارت الجَهالةُ فاحِشةً، وصار كما لو كاتَبه على ثَوبٍ أو دابّةٍ، فإنه لا يَجوزُ؛ لأن الثَّوبَ أو الدّابّةَ أجناسٌ مُختلِفةٌ، وما هو مَجهولُ الجِنسِ لا يَثبُتُ دَينًا في الذِّمّة، كما في النِّكاح.

ولأن مُوجَبَ الكِتابةِ الفاسِدةِ القِيمةُ، فيكونُ ذِكرُها تَنصيصًا على مُوجَب العقدِ الفاسِدِ، فكان تَنصيصًا على الفَساد.

فإن قِيل: لو كاتَبه على عبدٍ وسَطٍ أو عبدٍ مُطلَقٍ: يَجوزُ، وإن كانت القِيمةُ تَجِبُ بهذه التَّسميةِ، حتى لو أَتى بقِيمة عبدٍ وسَطٍ يُجبرُ على القَبول.

قُلنا: القِيمةُ فيما نحن بصَدَده تَجِبُ قصدًا لا حُكمًا؛ لِمَكان التَّصريحِ بالقِيمة، وتَجِبُ ثَمَّ حُكمًا لا قصدًا؛ لأنه صَرَّح بالعَبد، وقد يَثبُتُ الشَّيءُ حُكمًا وضِمنًا لغَيره، وإن كان لا يَثبُتُ قصدًا، كبَيع الأجِنّةِ ونحوِها.

وأما الثّالثُ: فلأنه لا قُدرةَ له على تَسليمه، والْمُرادُ به: شيءٌ يَتعيَّنُ بالتَّعيين، كالثَّوب والعبدِ وغيرِهما من الْمَكيل والْمَوزونِ، حتى لو قال: (كاتَبتُك على هذه الألفِ الدِّرهَمِ) وهي لغَيره: جازت الكِتابةُ؛ لأن النُّقودَ لا تَتعيَّنُ في عُقود الْمُعاوَضاتِ، فإنما يَنعقِدُ العقدُ بأَلف دِرهَمٍ هو دَينٌ في ذِمّته، فيَجوزُ.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه يَجوزُ، حتى لو مَلَك ذلك العَينَ وأدّاه إلى الْمَولى: عَتَق، وإن عَجَز عن أدائه رَدَّه الْمَولى في الرِّقّ؛ لأن الْمُسمّى مالٌ مُتقوَّمٌ، وقُدرتُه على التَّسليم بما يَحدُثُ له من الْمِلك فيه مَوهومةٌ، فتَصِحُّ التَّسميةُ، كما في الصَّداق، فإنه إذا سَمّى عبدَ غيرِه تَصِحُّ التَّسميةُ.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن العَينَ في الْمُعاوَضات مَعقودٌ عليها، والقُدرةُ على تَسليم الْمَعقودِ عليه شرطٌ لصِحّة العقدِ في العُقود التي تَحتمِلُ الفسخَ، ومِلكُ الغيرِ(١) ليس بمَقدور التَّسليمِ للعَبد، فلا تَصِحُّ تَسميتُه.

بخِلاف ما إذا كان البدَلُ غيرَ عَينٍ؛ لأنه مَعقودٌ به، فلا تُشترَطُ القُدرةُ عليه، ولهذا

(١) في (ب) و(د): العين.

جَوَّزنا الكِتابةَ الحالّةَ.

وبخِلاف النِّكاحِ؛ فشرطُ صِحّةِ التَّسميةِ ثَمَّ أن يَكونَ الْمُسمّى مالًا مُتقوَّمًا، لا أن يَكونَ مَقدورَ التَّسليمِ؛ إذ القُدرةُ على تَسليم ما هو الْمَقصودُ بالنِّكاح -وهو البُضعُ- ليست بشرطٍ لصِحّة العقدِ، حتى لو تزوَّج بِنتَ سنةٍ يَجوزُ، وإن كانت القُدرةُ مَعدومةً ففيما ليس بمَقصودٍ أولى.

فلو أَجاز صاحِبُ العَينِ ذلك فعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَجوزُ؛ لأنه إذا اشتَرى شيئًا بمال غيرِه، فأَجازه الغيرُ: يَجوزُ، مع أنه مَبنيٌّ على الْمُضايَقة، فالكِتابةُ وهي مَبنيّةٌ على الْمُسامَحة أولى.

وعن[1] أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَجوزُ وإن أَجاز؛ لأنه لا يُفيدُ مِلكَ الْمَكاسِبِ[2]، وهو الْمَقصودُ بالعَقد؛ لأن ثُبوتَه ضَرورةَ حاجتِه إلى أَداء البدَلِ منها، وإذا كان البدَلُ عَينًا لا يُحتاجُ إليه، فلا يُفيدُ مَقصودَه.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَجوزُ، أَجاز ذلك أو لم يُجِز، غيرَ أنه عندَ الإجازةِ يَجِبُ تَسليمُ عَينِه، وعندَ عدَمِها يَجِبُ تَسليمُ قِيمتِه، كما في النِّكاح.

ورَوى أبو يوسف عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: أنه إن مَلَك ذلك العَينَ فأدّى: لم يَعتِق، إلا أن يَكونَ الْمَولى قال له: (إذا أدّيتَ ذلك إليَّ فأنت حُرٌّ)، فحينَئذٍ يَعتِقُ بحُكم التَّعليقِ.

وذُكِر في «اختِلاف زفرَ ويعقوبَ» رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ : أن قولَ زفرَ كذلك، وهو رِوايةُ الحسَنِ بنِ أبي مالِكٍ عن أبي يوسف رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ .

---

(١) في (هـ): وعند.

(٢) في (ب) و(د): المكاتب.

ورَوى أصحابُ «الإملاءِ» عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَعتِقُ بالأَداء، قال له الْمَولى ذلك أو لم يَقُل؛ لأن العقدَ مُنعقِدٌ مع[1] الفَسادِ؛ لكَون الْمُسمّى مالًا مُتقوَّمًا، وقد وُجِد الأداءُ، فيَعتِقُ، كما لو كاتَبه على خمرٍ، فأدّى، فإنه يَعتِقُ.

وجهُ قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن مِلكَ الغيرِ لم يَصِر بدَلًا في هذا العقدِ بتَسمِيته؛ لأنه غيرُ مَقدورِ التَّسليمِ له، فلم يَنعقِد أصلًا، وإنما[2] يَكونُ العِتقُ باعتِبار التَّعليقِ بالشَّرط، فإذا لم يُصرِّح بالتَّعليق لا يَعتِقُ، كما لو كاتَبه على ثوبٍ أو مَيْتةٍ.

وإن كاتَبه على عَينٍ في يَد الْمُكاتَبِ، وهو من كَسبه، بأن كان مَأذونًا في التِّجارة: ففيه رِوايتان، في رِوايةٍ: يَجوزُ؛ لأنه كاتَبه على بدَلٍ مَعلومٍ مَقدورِ التَّسليمِ، وفي رِوايةٍ: لا يَجوزُ؛ لأنه كاتَبه على مال نفسِه؛ إذ الكَلامُ في عَينٍ اكتَسَبه من قبلُ.

ولو كاتَبه على دَراهِمَ[3] في يَد العبدِ من كَسبه: يَجوزُ باتِّفاق الرِّواياتِ.

وأما الرّابعُ: فالجَوابُ الْمَذكورُ فيه قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هي جائِزةٌ، وتُقسَمُ الْمِائةُ على قِيمة الْمُكاتَبِ وقِيمةِ عبدٍ وسَطٍ، فيَبطُلُ منها حِصّةُ العبدِ، ويَكونُ مُكاتَبًا بما بَقِي؛ لأن العبدَ الْمُطلَقَ يَصلُحُ أن يَكونَ بدَلَ الكِتابةِ، ويَنصرِفُ إلى الوَسَط، فكذا يَصلُحُ أن يَكونَ مُستثنًى من بَدَل الكِتابةِ؛ لأن كلَّ ما يَصلُحُ أن يَكونَ بدَلَ الكِتابةِ يَصلُحُ أن يَكونَ مُستثنًى من بَدَل الكِتابةِ، وهكذا في بَدَل كلِّ عقد.

وهذا لأن الْمُستَثنى منه إنما يَصيرُ مَجهولًا بقَدْر جَهالةِ الْمُستثنى، وهنا جَهالةُ

(١) في (ج): على.

(٢) في سوى (ج): فإنما.

(٣) في (ب) و(د): درهم.

الْمُستَثنى جَهالةُ وصفٍ، فكذا جَهالةُ الْمُستَثنى منه، وهذه الجَهالةُ لا تَمنَعُ صِحّةَ الكِتابةِ، كما لو كاتَبه على وَصيفٍ.

ولهما: أن بدَلَ الكِتابةِ مَجهولُ القَدْرِ، فلا يَصِحُّ، كما لو كاتَبه على قِيمة الوَصيفِ؛ وهذا لأن العبدَ لا يُمكِنُ استِثناؤه من الدّنانير، وإنما تُستَثنى قِيمتُه، والقِيمةُ لا تَصلُحُ أن تَكونَ بدَلَ الكِتابةِ؛ لجَهالتها قَدْرًا، فكذا لا تَصلُحُ أن تكونَ مُستثنًى من بَدَل الكِتابةِ.

والحاصِلُ: أن هذا عقدٌ اشتَمَل على بيعٍ وكِتابةٍ؛ لأن ما كان من الدَّنانير بإزاء العبدِ الذي يَرُدُّه الْمَولى فهو بيعٌ، وما كان منها بإزاء رَقَبةِ الْمُكاتَبِ فهو مُكاتَبةٌ، والبيعُ قد بَطَل؛ لجَهالة الثَّمَنِ والْمَعقودِ عليه، فلو جازت الكِتابةُ لجازت بما يُخَصُّ بالرَّقَبة من الْمِائة، والكِتابةُ بالحِصّة كِتابةٌ بالقِيمة، فتكونُ فاسِدةً.

فإن أدّى الخمرَ في الْمَسألة الأُولى يَعتِقُ؛ لأن العقدَ مُنعقِدٌ[1] وإن كان فاسِدًا، فيَعتِقُ بالأداء.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَعتِقُ إلا بأداء قِيمةِ نفسِه؛ لأن البدَلَ في الكِتابة الفاسِدةِ هو القِيمةُ، فإنما يَعتِقُ الْمُكاتَبُ بأداء البدَلِ لا بأداء غيرِ البدَلِ، كذا ذَكَر في «الْمَبسوط» و«الذَّخيرة» وغيرِهما.

وذَكَر في «الهِداية»: (إلا بأداء قِيمةِ الخمرِ)، وهو مُشكِلٌ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أيُّهما أدّى الْمَشروطَ أو قِيمةَ نفسِه يَعتِقُ؛ لأن البدَلَ صُورةً هو الْمَشروطُ، والعِتقُ مُعلَّقٌ بأدائه، ومن حيث الْمَعنى البدَلُ هو القِيمةُ، فأيُّهما أدّى يَعتِقُ.

---

(١) في (ج): ينعقد.

وعن[1] أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه إنما يَعتِقُ بأداء عَينِ الخمرِ إذا قال: (إن أدَّيتَها فأنت حُرٌّ)؛ لأن العِتقَ يَكونُ بالشَّرط حينَئذٍ، وصار كما لو كاتَب على مَيْتةٍ أو دمٍ، فإنه لا يَعتِقُ إلا إذا نَصَّ على الشَّرط.

وفي ظاهِر الرِّوايةِ: يَعتِقُ بأَداء الخمرِ، صَرَّح بذِكر الشَّرطِ أو لم يُصرِّح.

والفرقُ على ظاهِر الرِّوايةِ بينَ الخمرِ والخِنزيرِ وبينَ الْمَيْتةِ: أن الْمَيْتةَ ليست بمالٍ أصلًا، فلم يَنعقِد العقدُ الْمُضافُ إليها[2]، فاعتُبِر مَعنى الشَّرطِ، وذا بالتَّنصيص عليه.

أما الخمرُ أو الخِنزيرُ: فمالٌ وإن لم يكن مُتقوَّمًا، فانعَقَد العقدُ للماليّة، ومُوجَبُه العِتقُ عندَ أداءِ العِوَضِ الْمَشروطِ، وإذا عَتَق بأَداء الخمرِ سَعى في قِيمته؛ لأن العقدَ لَمّا فَسَد لَزِمه ردُّ رَقَبتِه[3] لأَجل الفَسادِ، وقد تَعذَّر ردُّه بنُفوذ[4] العِتقُ فيه، فتَلزَمُه قِيمتُه، كالْمُشتَري شِراءً فاسِدًا إذا أعتَق الْمَبيعَ بعدَ القبضِ.

ولا يُنقَصُ عن الْمُسمّى، ويُزادُ عليه؛ لأن الْمُكاتَبَ رَضِي بالْمُسمّى وزِيادةٍ؛ لئلا يَبطُلَ حقُّه في العِتق أصلًا، والْمَولى ما رَضِي بالنُّقصان عنه، وفيما إذا كاتَبه على قِيمته إذا أدّى القِيمةَ يَعتِقُ؛ لأنها البدَلُ، وأثَرُ الجَهالةِ في الفَساد، وإنما يَثبُتُ أداءُ القِيمةِ بتَصادُقهما أو بأَداء أَقصى ما يَقَعُ به تَقويمُ الْمُقوِّمين.

وهذا بخِلاف ما لو كاتَبه على ثَوبٍ؛ فإنه لا يَعتِقُ بأَداء ثَوبٍ؛ لأنه لا يُوقَفُ على أداء الْمَشروطِ حَقيقةً، فاسمُ الثَّوبِ كما يَتناوَلُ ما أدّى يَتناوَلُ غيرَه.

---

(١) في (هـ): وعند.

(٢) في (أ): إليهما.

(٣) في سوى (أ) و(ج): قيمته.

(٤) في (ب) و(د): لنفوذ.

فإن قِيل: المُسمّى ثَوبٌ، وهذا الذي أدّى ثَوبٌ حَقيقةً، فيَنبَغي أن يَعتِقَ، كما لو كاتَبه على خمرٍ فأدّى.

قُلنا: نعم، المُسمّى ثَوبٌ، ولكن الثِّيابُ مُتفاوِتةٌ تَفاوُتًا فاحِشًا، فلا وجهَ لتَعيين هذا الثَّوبِ مُسمًّى.

ولأنه إنما يَعتِقُ بتَسليم ما يَصلُحُ بدَلًا، والقِيمةُ تَصلُحُ بدَلًا، ولهذا كان بدَلًا في العَقد الفاسِدِ، أما الثَّوبُ: فلا يَصلُحُ بدَلًا بحالٍ.

وصحَّ لو على حَيَوانٍ غيرِ مَوصوفٍ.

وإن كاتَبه على حيَوانٍ غيرِ مَوصوفٍ، بأن بَيَّن جِنسَه لا نوعَه وصِفتَه، كالعَبد والوَصيفِ: فالكِتابةُ جائِزةٌ، وتَنصرِفُ إلى الوَسَط، ويُجبرُ على قَبول القِيمةِ، كما مَرَّ في النِّكاح.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجوزُ؛ لأنه مَجهولٌ، فصار كما لو لم يُسَمِّ جِنسَه، بأن كاتَبه على دابّةٍ أو دارٍ أو ثَوبٍ، وصار كالبَيع، والجامِعُ: أنها لا تَصِحُّ إلا بتَسمِية البدَلِ، فكانت مُعاوَضةً، كالبَيع.

ولنا: ما رُوِي عن ابن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه أجاز الكِتابةَ على الوُصَفاء[1].

ولأنه مَبنيٌّ على المُسامَحة والمُساهَلةِ، فلا تَفسُدُ بالجَهالة اليَسيرةِ في البَدَل، كالجَهالة في الأجَل، فإنه لو كاتَبه على ألف دِرهَمٍ إلى العَطاء، أو إلى الحَصاد، أو إلى

(١) روى ابن أبي شيبة (٢٠١٤٠) عن ابن عمر قال: كان لا يرى بأسًا بالكتابة على الوصفاء. وروى ذلك بعد هذا عن عمر، وحفصة، وأبي برزة، وابن عباس، وأنس، وإبراهيم، وسعيد، والحسن، وابن سيرين، والشعبي، والزهري، وعمر بن عبد العزيز، وقتادة، رضي الله تعالى عنهم أجمعين.

والوصيف: العبد، وجمعه الوصفاء، والوصيفة: الجارية، وجمعها الوصائف. «الطلبة» ص٤٥.

الدِّياس، ونحوِ ذلك: يَجوزُ استِحسانًا.

بخِلاف البيعِ؛ لأنه مَبنيٌّ على الْمُضايَقة والْمُماكَسةِ، وهو مُعاوَضةُ مالٍ بمالٍ من كلِّ وجهٍ، وهذه في الابتِداء مُعاوَضةُ مالٍ بغَير مالٍ؛ لأن البدَلَ في الابتِداء مُقابَلٌ بفكِّ الحَجْرِ، وهو ليس بمالٍ، وفي الانتِهاء وإن كانت مُعاوَضةَ مالٍ بمالٍ -لأنه في الانتِهاء يُقابِلُ الرَّقَبةَ- ولكن على وجهٍ يَسقُطُ الْمِلكُ فيه؛ إذ العبدُ لا يَتملَّكُ ماليَّةَ نفسِه، فشابَه النِّكاحَ.

وقد حَقَّقنا الْمَسألةَ في النِّكاح، والخِلافُ فيهما واحِدٌ.

وبخِلاف ما لو كاتَبه على دابّةٍ أو نحوِها؛ لأن الجَهالةَ مُتفاحِشةٌ.

والحاصِلُ: أن جَهالةَ البدَلِ إذا كانت جَهالةَ جِنسٍ: مَنَعت صِحّةَ التَّسميةِ في العُقود كلِّها، سَواءٌ كان مُعاوَضةَ مالٍ بمالٍ، كالبَيع والإجارةِ وأمثالِهما، أو مُعاوَضةَ مالٍ بما ليس بمالٍ، كالخُلع والكِتابةِ وأشباهِهما، وجَهالةُ البدَلِ متى كانت جَهالةَ وصفٍ: مَنَعت صِحّةَ التَّسميةِ في مُعاوَضة مالٍ بمالٍ، لا في مُعاوَضة مالٍ بما ليس بمالٍ.

أو كاتَب ذِمِّيٌّ مِثلَه على خمرٍ، وأيٌّ أسلَم له القِيمةُ، وعَتَق بقَبضها.

وإن كاتَب ذِمِّيٌّ عبدًا ذِمِّيًّا على قَدْرٍ مَعلومٍ من الخَمر: فهي جائِزةٌ؛ لأن الخمرَ مالٌ مُتقَوَّمٌ في حقِّهم، كالعَصير والخلِّ في حقِّنا.

وأيُّهما أسلَم فللمَولى قِيمةُ الخمرِ؛ لأن الْمُسلِمَ مَمنوعٌ عن تَمليك الخمرِ وتَملُّكِها، وفي تَسليم عَينِ الخمرِ تَمليكُها أو تَملُّكُها من الْمُسلِم؛ لأن العقدَ وَرَد على غَير الْمُعيَّنِ، والْمُعيَّنُ غيرُه، فيَكونُ بمَنزِلة ابتِداءِ التَّمليكِ والتَّملُّكِ، والعجزُ متى وَقَع عن تَسليم بدَلِ الكِتابةِ يَجِبُ تَسليمُ قِيمتِه؛ لتَقومَ القِيمةُ مَقامَه.

وهذا بخِلاف ما لو اشتَرى الذِّمِّيُّ من ذِمِّيٍّ عبدًا بخمرٍ، ثم أسلَم أحَدُهما قبلَ

القبضِ؛ فإنه يَفسُدُ البيعُ عندَ البعضِ.

والفرقُ: أن العقدَ إنما يَبقى على ما يَصلُحُ بدَلًا في الجُملة، والقِيمةُ تَصلُحُ بدَلًا في الكِتابة في الجُملة؛ فإنه إذا كاتَبه على وَصيفٍ كان ذلك كِتابةً على قِيمة الوَصيفِ في الحَقيقة، حتى إذا جاء بقِيمته يُجبرُ على القَبول، حتى[1] جاز أن تَنعقِدَ الكِتابةُ على قِيمة الشَّيءِ ابتِداءً، فجاز أن تَبقى على القِيمة، أما البيعُ: فلا يَنعقِدُ صَحيحًا على القِيمة أصلًا، فلا يُمكِنُ إبقاؤُه عليها.

وإذا قَبضها -أي قِيمةَ الخمرِ- عَتَق؛ لأن الكِتابةَ عقدُ مُعاوَضةٍ، وسَلامةُ أحدِ العِوَضَين لأحَدهما تُوجِبُ سَلامةَ العِوَضِ الآخرِ للآخَر، وذا بالعِتق.

وإذا أدّى الخمرَ عتَق أيضًا؛ لتَضمُّن الكِتابة تَعليقَ العِتقِ[2] بأداء البدَلِ المَذكورِ، وصار كما لو كاتَب المُسلِمُ عبدَه المُسلِمَ على خمرٍ، فأدّى المُكاتَبُ الخمرَ، فإنه يَعتِقُ، كذا ذَكَره بعضُ المَشايخِ في «شَرح الجامعِ الصَّغيرِ».

وفي «شَرح» الطَّحاويِّ والتُّمُرتاشيِّ: لو أدّى الخمرَ لا يَعتِقُ، ولو أدّى القِيمةَ يَعتِقُ؛ لأن الكِتابةَ انقلَبت إلى القِيمة، ولم تَبقَ الخمرُ بدَلَ هذا العقدِ؛ إذ العقدُ انعقَد صَحيحًا على الخَمر ابتِداءً، وبَقِي على القِيمة صَحيحًا بعدَ الإسلامِ، ولا يُتصوَّرُ بَقاؤُه صَحيحًا والخمرُ بدَلٌ فيه[3]، فبَقاؤُه صَحيحًا دَليلٌ على أن الخمرَ لم تَبقَ بدَلًا، فلا يَعتِقُ بأدائه، وثَمَّ العقدُ وَقَع فاسِدًا بسَبَب الخمرِ، وبَقِي فاسِدًا كذلك، فتَبقى الخمرُ بدَلًا، وإذا بَقِيت بدَلًا يَعتِقُ بأدائها، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (ب) و(د): فمتى.

(٢) في (أ) و(هـ): تعليقًا للعتق.

(٣) في (ب) و(د): منه.

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلمُكَاتَبِ أَنْ يَفعَلَهُ

وله البيعُ، والشِّراءُ، والسَّفَرُ، وإن شَرَط أن لا يَخرُجَ من الْمِصر.

ويَجوزُ للمُكاتَب البيعُ والشِّراءُ والسَّفَرُ؛ لأن مَقصودَ السَّيِّدِ من العَقد الوُصولُ إلى بَدَل الكِتابةِ، ومَقصودَ العبدِ منه الحُرِّيّةُ، وذا إنما يَحصُلُ بالبَيع والشِّراءِ، وربما لا يَتَّفِقان في الحَضَر، فيُحتاجُ إلى السَّفَر.

ويَملِكُ البيعَ بالْمُحاباة؛ لأنه من عادة التُّجّارِ، فقد يَفعَلُه التّاجرُ إظهارًا للمُسامَحة؛ استِجلابًا لقُلوب النّاسِ إليه، وربما يُحابي في صَفْقةٍ ليَربَحَ في أُخرى.

فإن شَرَط عليه سَيِّدُه أن لا يَخرُجَ من الْمِصر: فله أن يَخرُجَ، والكِتابةُ جائِزةٌ، والشَّرطُ باطِلٌ.

أما بُطلانُ الشَّرطِ: فلأنه خِلافُ مُوجَبِ العقدِ والْمَقصودِ به؛ وهذا لأن مُوجَبَه مالِكيّةُ اليدِ والاختِصاصُ بنفسه ومَنافِعِ نفسِه، وذا يُثبِتُ له حقَّ الاستِبدادِ بالخُروج إلى حيث شاء، والْمَقصودُ بالعَقد تَمكُّنُه من ابتِغاء المالِ، وذا بالضَّرب في الأَرض، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزَّمِّل: ٢٠]، وكلُّ شرطٍ يَمنَعُه من ذلك فهو خِلافُ مُوجَبِ العقدِ ومَقصودِه، فكان باطِلًا.

وأما صِحّةُ العقدِ: فلأن هذا الشَّرطَ لم يَتمكَّن في صُلب العقدِ، والشَّرطُ الفاسِدُ في الكِتابة لا يُفسِدُ العقدَ إذا لم يكن مُتمكِّنًا في صُلبه، وإنما يُفسِدُه إذا تَمكَّن في صُلبه.

وهذا لأن الكِتابةَ تُشبِهُ البيعَ من حيث إنها تَحتمِلُ الفسخَ في الابتِداء، وتُشبِهُ النِّكاحَ من حيث إنها لا تَحتمِلُ الفسخَ بعدَ تَمامِ الْمَقصودِ بالأَداء، فيُوفَّرُ حظُّها[1] عليهما، فلشَبَهِها بالبَيع تَبطُلُ بالشَّرط الفاسِدِ إذا تَمكَّن في صُلبها، كما لو شَرَط خِدمةً مَجهولةً؛ لأنه في البَدَل، ولشَبَهِها بالنِّكاح لا تَبطُلُ بالشَّرط الفاسِدِ إذا لم يَتمكَّن في صُلبها.

ولأن الكِتابةَ في جانِب العبدِ تُشبِهُ الإعتاقَ؛ لأنها إسقاطُ الْمِلكِ وفكُّ الحَجْرِ، وإطلاقُ اليدِ بمَنزِلة الإعتاقِ، وهذا الشَّرطُ يَختصُّ بجانِب العبدِ، فاعتُبِر إعتاقًا في حقِّ هذا الشَّرطِ، والإعتاقُ لا يَبطُلُ بالشَّرط الفاسِدِ، كما لو أعتَق عبدًا على أنه سائِبةٌ، فإن الشَّرطَ باطِلٌ، والإعتاقَ صَحيحٌ.

ولا يَتزوَّجُ إلا بِإذن الْمَولى؛ لأن انفِكاكَ الحَجْرِ عنه في عُقود الاكتِسابِ والتَّزوُّجِ ليس من اكتِساب المالِ، بل فيه التِزامُ المهرِ والنَّفَقةِ، وحُكمُ المالِكيّةِ إنما يَثبُتُ له ليَتمكَّنَ من أداء بدَلِ الكِتابةِ، فكلُّ عقدٍ لا يُوصِلُه إليه لا يَثبُتُ له حُكمُ المالِكيّةِ فيه، بل يَكونُ كالقِنِّ فيه، ويَجوزُ[2] بإذن الْمَولى؛ لأن الْمِلكَ له، وقد مَرَّ في النِّكاح.

وتَزويجُ أمتِه، وتَوكيلُه به.

وله أن يُزوِّجَ أمتَه ويُوكِّلَه به؛ لأنه من باب[3] الاكتِساب للمال؛ لأنه يَتملَّكُ المهرَ، ويُسقِطُ نَفَقتَها عن نَفسه، وهو مُنفكُّ الحَجْرِ في عُقود الاكتِسابِ.

والكِتابةُ(ز ف)، والوَلاءُ له إن أدّى بعدَ عتقِه، وإلا لسَيِّده.

وله أن يُكاتِبَ عبدَه.

(١) في (ج) و(هـ): حظهما. والمثبت كما في «المبسوط» ٧/ ٢١٠، والآخر كما في «التبيين» ٥/ ١٥٦.

(٢) في (ب): فيجوز.

(٣) في (د): أسباب.

وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَجوزُ، وهو القِياسُ؛ لأنه يَؤولُ إلى العِتق، والْمُكاتَبُ ليس بأهلٍ للإعتاق، فصارت[1] كالإعتاق على مالٍ.

ولنا: أنها عقدُ اكتِسابِ المالِ، فيَملِكُها، كالبَيع، وربما تكونُ الكِتابةُ أنفعَ له من البَيع؛ إذ البيعُ يُزيلُ الْمِلكَ بنفسه، والكِتابةُ لا تُزيلُ الْمِلكَ عن الْمَملوك إلا بعدَ وُصولِ البدَلِ إليه، ولهذا يَملِكُه الأبُ والوصِيُّ.

ولأنه يُوجِبُ لِمَملوكه مِثلَ ما هو ثابِتٌ له، وذا صَحيحٌ، كالحُرِّ يُعتِقُ مَملوكَه، بخِلاف الإعتاقِ بمالٍ؛ لأنه يُوجِبُ[2] لغَيره فوقَ ما لَه؛ لأنه يَعتِقُ حَقيقةً بنَفس القَبولِ.

فإن أدّى الثّانِي بعدَ عَتقِ الأوّلِ فوَلاؤُه له؛ لأن الوَلاءَ لمن أعتَق، وإنما عَتَق الثّانِي بعدَ تَمامِ الْمِلكِ الأوّلِ[3] في رَقَبته، وهو من أَهل الوَلاءِ؛ لحُرِّيّته، فيَثبُتُ له.

وإن أدّى الثّانِي قبلَ أن يَعتِقَ الأوّلُ: فوَلاؤُه لسَيِّده؛ لأنه تَعذَّر جعلُ الْمُكاتَبِ مُعتِقًا له؛ لعَدَم أهلِيّةِ الإعتاقِ؛ لأنه رَقيقٌ بعدُ، فيَخلُفُه فيه أقرَبُ النّاسِ إليه، وهو مَولاه، كالعَبد الْمَأذونِ إذا اشتَرى شيئًا يَملِكُه مَولاه؛ لأن الشِّراءَ مُوجِبٌ للمِلك.

فإذا لم يكن الْمُشتَري أهلًا للمِلك خَلَفه في الْمِلك أقرَبُ النّاسِ إليه، وهو مَولاه؛ وهذا لأن له فيه نوعَ مِلكٍ، ولعِتقه ضرْبَ انضِيافٍ إلى تَصرُّفه؛ لأنه استَفاده به، فجُعِل كأنه كاتَبه، فكان مُعتِقًا له، فيَثبُتُ الوَلاءُ له ضَرورةً.

فلو أدّى الأوّلُ بعدَه وعَتَق: لا يَتحوَّلُ الوَلاءُ إليه؛ لأن الْمَولى[4] جُعِل مُعتِقًا،

---

(١) في (د): فصار.

(٢) في سوى (أ) و(ج): لأنه لا يوجب.

(٣) في (أ): للأول.

(٤) في (ب) و(د): البدل.

والوَلاءُ لا يَتحوَّلُ عن الْمُعتِق، كما لا يَتحوَّلُ الْمِلكُ في كَسب الْمَأذونِ إليه بعدَ عِتقِه.

لا الهِبةُ، ولو بعِوَضٍ، والصَّدَقةُ إلا بيَسيرٍ، وتَوكيلُه بهما.

ولا يَهَبُ ولو بعِوَضٍ[1]، ولا يَتصدَّقُ.. إلا بالشَّيء اليَسيرِ، ولا يُوكِّلُ بهما؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما تَبرُّعٌ، وليس باكتِسابٍ للمال، والهِبةُ بعِوَضٍ تَبرُّعٌ ابتِداءً، إلا أن اليَسيرَ من ضَرورات التِّجارةِ؛ لأنه لا يَجِدُ بُدًّا من اتِّخاذ دَعوةٍ للمُجاهِزين[2]، والإهداءِ إليهم، وإعارةِ مَسكَنٍ، أو غيرِ ذلك؛ استِجلابًا لقُلوبهم، ومن مَلَك شيئًا مَلَك ما هو من ضَروراته وتَوابعِه.

والتَكفُّلُ، والإقراضُ، وإعتاقُ عبدِه، ولو بعِوَضٍ، وبيعُ نفسِه منه.

ولا يَتكفَّلُ بالنَّفس أو بالمال، ولا يُقرِضُ؛ لأنه تَبرُّعٌ، وليس من ضَرورات التِّجارةِ والاكتِسابِ، والْمُكاتَبُ ليس بأَهل التَّبرُّعِ؛ لأن صِحّتَه تَعتمِدُ حَقيقةَ الْمِلكِ، والكَفالةُ بغَير أمرٍ تَبرُّعٌ مُطلَقًا، وبأمرٍ ابتِداءً.

ولا يَجوزُ أن يُعتِقَ عبدَه على مالٍ، أو يَبيعَ نفسَ عبدِه من عَبده؛ لأنه إسقاطُ الْمِلكِ عن العَبد بمُقابَلة دَينٍ في ذِمّة الْمُفلِسِ، وهذا ليس باكتِسابٍ للمال، وبيعُ نفسِه منه إعتاقٌ بمالٍ في الحَقيقة.

وتَزويجُ عبدِه، وتَوكيلُه به، والأبُ والوَصِيُّ مِثلُه.

ولا يُزوِّجُ عبدَه، ولا يُوكِّلُه به؛ لأنه تَعييبٌ للعَبد وتَنقيصٌ لماليّته؛ لكَونه شاغِلًا

(١) في (هـ): ولا يهب ولا يقرض.

(٢) في (ب) و(د): للمجاهدين. قال في «البناية» ١١/ ١٤٤: هو جمع مُجاهِز، بالجيم والزاي المعجمة، والمجاهز عند العامة: الغني من التجار، فكأنه أريد المجهِّز، وهو الذي يبعث التجار بالجَهاز، وهو فاخر المتاع، أو يسافر به.

لرَقَبته بالْمَهر، ولكَسبه بالنَّفَقة، لا اكتِسابٌ للمال، بخِلاف تَزويج الأمةِ؛ لأنه اكتِسابٌ للمَهر والنَّفَقةِ، فلو عَتَق وأَجاز: لا يَجوزُ؛ لأن الإجازةَ لاقَت عقدًا باطِلًا؛ إذ تَزويجُ الْمُكاتَبِ عبدَه باطِلٌ غيرُ مَوقوفٍ؛ لأنه لا مُجيزَ له.

وكذا لو زَوَّجه الوَكيلُ بعدَ عِتقِه يَتوقَّفُ[1] على إجازته؛ لأن تَوكيلَه به وَقَع باطِلًا.

ولو قال بعدَ العِتقِ: (أَجَزتُ تلك الوَكالةَ) يَكونُ هذا تَوكيلًا ابتِداءً؛ لأن التَّوكيلَ يَنعقِدُ بلَفظ الإجازةِ، كما لو قال لغَيره: (أَجَزتُ لك أن تُطلِّقَ امرَأتي) أو (رَضِيتُ): يَكونُ تَوكيلًا، بخِلاف التَّزويجِ؛ لأنه لا يَنعقِدُ بلَفظ الإجازةِ ابتِداءً.

والأبُ والوصِيُّ مِثْلُ الْمُكاتَبِ في رَقيق الصَّغيرِ؛ لأنهما يَملِكان الاكتِسابَ، كالْمُكاتَب، فمَلَكا كِتابةَ عبدِه لا تَزويجَه، ولا بيعَه من نَفسه، ولا إعتاقَه بمالٍ، ومَلَكا تَزويجَ أمتِه.

ولا يَملِكُ مَأذونٌ(س)، ومُضارِبٌ(س)، وشَريكٌ(س).. شيئًا منه.

ولا يَملِكُ مَأذونٌ، ومُضارِبٌ، وشَريكُ شِرْكةَ الْمُفاوَضةِ أو العِنانِ.. شيئًا من ذلك عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لهم تَزويجُ الأمةِ؛ اعتِبارًا بالْمُكاتَب؛ فإن له أن يُزوِّجَ أمتَه، فكذا لهؤلاء، وبالإجازة؛ فإن لهم وِلايةَ الإجازةِ، فكذا وِلايةُ تَزويجِ الأمةِ؛ إذ كلُّ واحِدٍ منهما تَمليكُ الْمَنفَعةِ ببدَلٍ.

ولهما: أن لهم التِّجارةَ، وهذا ليس بتِجارةٍ؛ لأنه ليس بمُبادَلة المالِ بالمال؛ إذ البُضعُ ليس بمالٍ حَقيقةً، فصار شَبيهًا بالكِتابة، ولا يَملِكُ هؤلاء الكِتابةَ، فكذا هذا، أما الْمُكاتَبُ: فيَملِكُ الاكتِسابَ، وهذا اكتِسابٌ.

(١) في (هـ): لا يتوقف.

وهذا بخِلاف الإجارةِ؛ فإنها مُبادَلةُ المالِ بالمال، ولهذا لا يَثبُتُ الحيَوانُ دَينًا في الذِّمّة بدَلًا عن الْمَنافِع، فكانت تِجارةً، ولا يَملِكُ هؤلاء كلُّهم تَزويجَ العبدِ، واللهُ أعلَمُ وأحكَمُ.

فصل

[في بيان من يدخل في الكتابة تبعًا]

ولو اشتَرى أَباه، أو ابنَه: تكاتَب، ولو أَخاه لا(س م).

ولو اشتَرى الْمُكاتَبُ أَباه أو ابنَه: دَخل في كِتابته؛ لأن الْمُكاتَبَ أهلٌ للكِتابة، كالحُرِّ أهلٌ للتَّحرير[1].

ثم الحُرُّ إذا اشتَراهما يَعتِقان عليه، فكذا الْمُكاتَبُ إذا اشتَراهما يَتكاتَبان عليه؛ تَحقيقًا للصِّلة بقَدْر الإمكانِ.

وإن اشتَرى أَخاه أو ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ آخرَ ممن لا وِلادَ[2] له: لم يَدخُل في كِتابته عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: يَدخُلُ كما في الوِلاد؛ إذ وُجوبُ الصِّلةِ يَشمَلُ الكلَّ، وكما في الحُرِّ في حقِّ الحُرِّيةِ.

وله: أن للمُكاتَب كسبًا، وليس له مِلكٌ حَقيقةً؛ لوُجود ما يُنافِيه، وهو الرِّقُّ، ولهذا لا يَفسُدُ نِكاحُ امرَأتِه لو اشتَراها، والقُدرةُ على الكَسب مُوجِبةٌ للصِّلة في الوِلاد، حتى تَجِبُ نَفَقةُ الوالِدِ والولَدِ على القادِر على الكَسب، وإن لم يكن مُوسِرًا، ولا تُوجِبُ[3] الصِّلةَ في غير الوِلادِ، حتى لا يَجِبُ على الأخ نَفَقةُ الأخِ وإن كان قادِرًا على الكَسب،

(١) في (هـ): للتحريم.

(٢) في (د) و(هـ): ولاء.

(٣) في (هـ): ولا تجب.

ما لم يكن مُوسِرًا، والدُّخولُ في الكِتابة بطَريق الصِّلةِ، فيَختصُّ بمَوضِع وُجوبِ الصِّلةِ.

ولأن هذه قَرابةٌ تُشبِهُ بني الأعمامِ في حقِّ الزَّكاةِ، وحِلِّ الحَليلةِ، وقَبولِ الشَّهادةِ، وجَرَيانِ القِصاصِ، وتُشبِهُ الوِلادَ في حقِّ حُرمةِ الْمُناكَحةِ، وافتِراضِ الصِّلةِ، وحُرمةِ الجمعِ بينَهما نِكاحًا، فألحَقناها بالوِلادِ في العِتق، وببَني الأعمامِ في الكِتابة؛ تَوفيرًا على الشَّبَهَين حظَّهما[1].

والعمَلُ على هذا الوجهِ أَولى من العَمَل على عَكسه؛ لأن العِتقَ أسرَعُ نُفوذًا من الكِتابة؛ فإن أحدَ الشَّريكَين إذا أعتَقَ نَصيبَه لم يكن للآخَر أن يُبطِلَه، ولو كاتَبه فللآخَر إبطالُه.

ولو أُمُّ وَلَدِه معه: لم يَجُز بيعُها، وبدُونه صحّ(و س م).

ولو اشتَرى أُمَّ ولَدِه مع ولَدِه منها دَخَل ولَدُها في الكِتابة؛ تَحقيقًا للصِّلة، ولم يَجُز بيعُها إجماعًا؛ لأنها تَبَعٌ للوَلَد في هذا الحُكمِ، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أعتَقَها ولَدُها»[2]، ولم تَدخُل في كِتابته، حتى لا تَعتِقُ بعِتقه، نَصَّ عليه في «الْمَبسوط».

ولو مَلَكها وحدَها بدُونه: صَحَّ بيعُها عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: ليس له أن يَبيعَها؛ لأنها أُمُّ ولَدِه، فصار كالحُرِّ إذا اشتَرى أُمَّ ولَدِه بدُونه.

وله: أن القِياسَ يَقتَضي جَوازَ بيعِها، وإن كان معها ولَدُها؛ لأن كسبَ الْمُكاتَبِ مَوقوفٌ بينَ أن يُؤدِّيَ فيَتقرَّرَ له، وبينَ أن يَعجِزَ فيَتقرَّرَ للمَولى، فلا يَتعلَّقُ به ما لا[3] يَحتمِلُ الفسخَ، وهو أُموميّةُ الولَدِ، إلا أنه ثَبَت امتِناعُ بيعِها إذا كان معها ولَدُها تَبَعًا

(١) في (ب) و(د): حقهما.

(٢) رواه ابن ماجه (٢٥١٦)، والدارقطني (٤٢٣٣).

(٣) سقطت من (د).

لثُبوته في الوَلَد بِناءً عليه، وما يَثبُتُ تبَعًا يَثبُتُ بشُروط الْمَتبوعِ، ولو ثَبت بدُون الولَدِ يَثبُتُ ابتِداءً، والقِياسُ يَنفيه.

وإن وُلِد له من أَمته: تكاتَبَ، وكسبُه له.

ولو وُلِد له ولَدٌ من أَمته: دَخَل في كتابته تبَعًا له، وكان حُكمُه كحُكمه.

وكسبُ هذا الولَدِ له؛ لأنه كسبُ كسبِه، وكان كذلك قبلَ الدِّعوةِ، فلا يَنقطِعُ بالدِّعوة اختِصاصُه.

وكذا لو وَلَدت الْمُكاتَبةُ ولَدًا يَدخُلُ في كِتابتها؛ لأن الصِّفاتِ الحُكميّةَ الثّابتةَ في الأُمّهات تَسري إلى الأَولاد، كالتَّدبير والاستِيلادِ.

وإن زَوَّج أمتَه من عَبده، فكاتَبهما، فوَلَدت: دَخَل في كِتابتها، وكسبُه لها.

وإن زَوَّج أمتَه من عَبده، فكاتَبهما، فوَلَدت منه ولَدًا: دَخَل في كِتابتها، وكسبُه لها؛ لرُجحان تَبعيّةِ الأُمِّ؛ لتيَقُّننا بأنه جُزؤُها، بخِلاف جانبِه، ولهذا يَتبَعُها في الرِّقِّ والحُرِّيّةِ، فكذا في الكِتابة، فلو قتَل الولَدَ رَجُلٌ تكونُ قِيمتُه للأُمِّ دونَ الأبِ.

مُكاتَبٌ أو مَأذونٌ نكَح بإذن من زَعَمت حُرِّيّتَها، فوَلَدت، فاستُحِقّ: فوَلَدُها عبدٌ(م).

مُكاتَبٌ أو مَأذونٌ تزوّج بإذن مَولاه امرَأةً زَعَمت أنها حُرّةٌ، فوَلَدت منه، فاستُحِقّت: فولَدُها عبدٌ، ولا تَأخُذُه بالقِيمة، وهذا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: ولَدُها حُرٌّ بالقِيمة، ويُؤدِّيها إليه إذا عَتَق.

له: أن العبدَ شارَك الحُرَّ في سَبَب ثُبوتِ هذا الحقِّ، وهو الغُرورُ، فيُشارِكُه في الحُكم؛ وهذا لأنه إنما يُحكَمُ بحُرّيّة ولَدِ الحُرّ: لأنه بنِكاح الحُرّةِ رَغِب في حُرّيّة الأولادِ، فحُكِم بحُرّيّتهم نظَرًا له، ودفعًا للغُرور عنه، والعبدُ سَاواه في هذا الْمَعنى، فيُساوِيه في مُوجَبه.

ولهما: أنه وُلِد ولَدٌ من رَقيقَين، فيَكونُ رَقيقًا، كما لو كان عالِمًا بحالها.

والقِياسُ في الحُرِّ كذلك؛ إذ الولَدُ يَتبَعُ الأُمَّ في الرِّقِّ والحُرِّيّةِ، إلا أنّا تركنا القِياسَ ثَمَّ بِإجماع الصَّحابةِ رِضوانُ اللهِ عليهم[1]، وهذا ليس في مَعناه؛ لأن الحُكمَ ثَمَّ بحُرِّيّة الولَدِ مع مُراعاةِ حقِّ الْمُستحِقِّ بإيجاب القِيمةِ في الحال، وهنا لو وَجَبت القِيمةُ لتأخَّرت إلى عِتقه؛ لأنه ضَمانٌ قَوليٌّ لا يُقابِلُه مالٌ، فصار نَظيرَ ضَمانِ الكَفالةِ، فيَنقلِبُ ضرَرًا محضًا من جانِب الْمُستحِقِّ، فبَطَل الإلحاقُ.

ولو وَطِئ أمةً بِشراءٍ فاستُحِقَّت، أو بِشراءٍ فاسِدٍ فرُدَّت: فالعُقرُ في الْمُكاتَبة، ولو بِنِكاحٍ: أُخِذ به مُذْ عَتَق.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١١٠: غريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في البيوع (٢٠٥٤٠) حدثنا أبو بكر بن عياش عن مطرف عن عامر عن علي في رجل اشترى جارية فولدت منه أولادًا، ثم أقام رجل البينة أنها له، قال: ترد عليه، ويقوَّم عليه ولدها فيغرم الذي باعها ما غررها. انتهى، (٢١٠٦٠) حدثنا سفيان بن عيينة عن أيوب بن موسى عن ابن قسيط عن سليمان بن يسار: أن أمة أتت قومًا فغرتهم، وزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل، فولدت له أولادًا فوجدوها أمة، فقضى عمر بقيمة أولادها، في كل مغرور غرة. انتهى، (٢١٠٦١) حدثنا عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن خلاس أن أمة أتت طيئًا فزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل، ثم إن سيدها ظهر عليها، فقضى عثمان أنها وأولادها لسيدها، وجعل لزوجها ما أدرك من متاعه، وجعل فيهم السنة، في كل رأس رأسين. انتهى، (٢١٠٦٢) حدثنا يزيد بن هارون عن أشعث عن الشعبي، قال: سألته عن جارية أتت قومًا فزعمت أنها حرة، فرغب فيها رجل، فتزوجها، فولدت له أولادًا، ثم علموا أنها أمة، فجاء مولاها فأخذها، قال: يأخذ المولى أمته، ويفدي الأب أولاده بغرة غرة. انتهى، (٢١٠٦٣) حدثنا الفضل بن دكين عن هشام بن سعد عن شيبة بن نصاح عن سعيد بن المسيب قال: في ولد كل مغرور غرة. انتهى، وفي «الموطأ» في كتاب الأقضية (٢/ ٧٤١) مالك: أنه بلغه أن عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في أمة غرت رجلًا بنفسها، فذكرت أنها حرة، فتزوجها، فولدت له أولادًا، فقضى أن يفدي ولده بمثلهم، قال مالك: وتلك القيمة عندي. انتهى.

ولو وَطِئ الْمُكاتَبُ أو الْمَأذونُ أمةً على وَجه الْمِلكِ بغَير إذنِ الْمَولى، بأن اشتَرى أمةً، فوَطِئها، فاستُحِقَّت: فعليه العُقرُ، يُؤخَذُ به في الْمُكاتَبة.

وكذا لو اشتَرى الْمُكاتَبُ أو الْمَأذونُ أمةً بشِراءٍ فاسِدٍ، فوَطِئها، فرَدَّها: أُخِذ بالعُقر في الْمُكاتَبة.

ولو وَطِئها بالنِّكاح بغَير إذنِ الْمَولى[1] لم يُؤخَذ بالْمَهر حتى يَعتِقَ.

والفرقُ: أن الدَّينَ ظَهَر في حقِّ الْمَولى في الفَصل الأوَّلِ؛ لأن تَوابعَ التِّجارةِ داخِلةٌ تحتَ الكِتابةِ، وإن كانت تَبرُّعًا حَقيقةً، كالضِّيافة اليَسيرةِ والهِبةِ اليَسيرةِ، وهذا العُقرُ من تَوابع التِّجارةِ ومُستنِدٌ إلى التِّجارة؛ لأنه لولا الشِّراءُ لوَجَب الحدُّ، فصار مُلحَقًا بدَين التِّجارةِ، وإن كان مُقابَلًا بغَير مالٍ.

ولم يَظهَر في الفَصل الثّاني: لأن وُجوبَ العُقرِ هنا باعتِبار شُبهةِ النِّكاحِ، وهو ليس من التِّجارة والاكتِسابِ، فتَأخَّر إلى عِتقه، كدَين الكَفالةِ.

---

(١) في (هـ): المالك.

فصل

[في بيان مسائل أخرى من هذا الباب]

استولَد مُكاتبَته: مَضت، أو عَجَزت[1]، وهي أُمُّ وَلَدِه.

وإذا وَلَدت الْمُكاتَبةُ من الْموَلى.. فإن شاءت مَضت على الكِتابة، وإن شاءت عَجَّزت نفسَها وصارت أُمَّ ولَدٍ له؛ لأنه تَلَقَّتْها[2] جِهتا حُرِّيَةٍ: عاجِلةٍ ببدَلٍ، وآجِلةٍ بغَير بدَلٍ، فتَختارُ أيَّتهما شاءت.

ونسَبُ ولَدِها ثابِتٌ من الْمَولى بالدِّعوة؛ لأنها مَملوكةٌ للمَولى من وجهٍ، وهو حُرٌّ؛ لأن الْمَولى مالِكٌ للإعتاق في وَلَدها.

وإذا مَضت على الكِتابة أخذت العُقرَ من مَولاها؛ لاختِصاصها بنَفسها وأكسابِها.

فإن مات الْمَولى عَتَقت بالاستِيلاد، وسَقَط عنها بدَلُ الكِتابةِ؛ لأنها إنما التَزمت المالَ لتَسلَمَ لها رقَبَتُها بجِهة الكِتابةِ، ولم تَسلَم بهذه الجِهةِ، فلا يَجِبُ البدَلُ.

وإن ماتت وتَركَت مالًا: تُؤدّى مُكاتبتُها منه، وما بَقِي مِيراثٌ لوَلَدها؛ اعتِبارًا لِمُوجَب الكِتابةِ.

فإن لم تَترُك مالًا: فلا سِعايةَ على هذا الولَدِ؛ لأنه حُرٌّ، وإنما السِّعايةُ على ولَدٍ هو تَبَعٌ لها في الكِتابة، حتى إذا وَلَدت ولَدًا آخرَ، فنَفاه الْمَولى أو لم يَدَّعِه: فإن نسَبَه لا يَثبُتُ

---

(١) التعجيز من المكاتب: أن يعترف بعجزه عن أداء بدل الكتابة، وحقيقته النسبة إلى العجز، وقد عَجز نفسه: أي نسبها إلى العَجز. «الطلبة» ص٦٤.

(٢) في (ب) و(د): تلقاها.

منه؛ لأنها مُكاتَبةٌ لا يَحِلُّ للمَولى وطؤُها، فلا يَثبُتُ النَّسَبُ منه إلا بالدِّعوة.

وإذا ماتت سَعى هذا الولَدُ فيما بَقِي عليها؛ لأنه مُكاتَبٌ تبَعًا لها.

فلو مات الْمَولى بعدَ ذلك: عَتَق الولَدُ، وبَطَلت عنه السِّعايةُ؛ لأنه بمَنزِلة أُمِّ الولَدِ تَبَعًا لأُمِّه، فيَعتِقُ بمَوت الْمَولى.

كاتَب أُمَّ وَلَدِه، أو مُدبَّرَه: صحّ، وعَتَقت مَجّانًا بمَوته، وسَعى في ثُلُثَي قِيمتِه أو(س) كلِّ(م) البدَلِ.

وإذا كاتَب أُمَّ ولَدِه صَحّ؛ لأنها مَملوكةٌ له، وعقدُ الكِتابةِ يَرِدُ على الْمَملوك ليَتوصَّلَ به إلى مِلك اليدِ والْمَكاسِبِ في الحال، وإلى الحُرِّيّة في الْمَآل، وأُمُّ الولَدِ في هذا كغَيرها[1]؛ لأنها مَملوكةٌ يدًا، وكسبُها للمَولى، فيَصِحُّ منه إثباتُ هذه المالِكيّةِ لها بالبَدَل.

فإن مات الْمَولى عَتَقت مجّانًا، وسَقَط عنها بدَلُ الكِتابةِ؛ لأنها عَتَقت بسَبَب أُمومِيّةِ الولَدِ؛ لبَقاء حُكمِ الاستِيلادِ بعدَ الكِتابةِ؛ لعَدَم التَّنافِي بينَهما، ومن حُكم الاستِيلادِ عِتقُها بعدَ موتِه مجّانًا.

فإن قِيل: فلماذا يَسلَمُ لها الأكسابُ والأولادُ؟!

قُلنا: لأنها عَتَقت وهي مُكاتَبةٌ، فيَسلَمُ لها الأولادُ والأكسابُ، وهذا لأن الكِتابةَ تَنفسِخُ في حقِّ البدَلِ، وتَبقَى في حقِّ الأولادِ والأكسابِ؛ لأن الفسخَ لنَظَرِها، والنَّظَرُ في انفِساخها في حقِّ سُقوطِ البدَلِ، لا في حقِّ الأكسابِ والأولادِ.

ولو أدَّت الْمُكاتَبةُ قبلَ موتِ الْمَولى عَتَقت بالكِتابة؛ لبَقائها.

---

(١) في سوى (أ) و(ج): كغيره.

وإن كاتَب مُدبَّره جاز؛ لأنه يَحتاجُ إلى استِفادة العِتقِ قبلَ موتِ السَّيِّدِ، وذا بالكِتابة، ولا تَنافيَ بينَهما؛ لأنه تَلقّاه جِهَتا عِتقٍ: عاجِلٍ ببدَلٍ، وآجِلٍ بلا بدَلٍ.

وإن مات الْمَولى ولا مالَ له غيرُه: سَعى في ثُلُثَي قِيمتِه أو كلِّ بدَلِ الكِتابةِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَسعى في الأقلِّ منهما، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَسعى في الأقَلِّ من ثُلُثَي قِيمتِه وثُلُثَي بدَلِ الكِتابةِ.

فالخِلافُ في الخِيار وفي الْمِقدار، وأبو[1] يوسف مع أبي حنيفة رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ في الْمِقدار، ومع محمدٍ في نَفي الخِيارِ.

أما الكَلامُ في الخِيار بينَ أبي حنيفة وصاحِبَيه رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: فبِناءً على تَجزِّي الإعتاقِ عندَه وعدَمِ التَّجزِّي عندَهما، فعندَه: لَمّا تَجزّى بَقِي ما وراءَ الثُّلُثِ عبدًا، وبَقِيت الكِتابةُ فيه كما كانت قبلَ عِتقِ الثُّلُثِ، فتَصدّى لعِتقه جِهَتان ببدَلَين: جِهةُ كِتابةٍ مُؤجَّلةٌ، وجِهةُ سِعايةٍ مُعجَّلةٍ، فيُخيَّرُ؛ لتَفاوُتِ بينَ الأمرَين.

وعندَهما: لَمّا عَتَق كلُّه بِعِتْقِ ثُلُثِه -لأن الإعتاقَ لا يَتجزّى عندَهما- بَطَلت[2] الكِتابةُ، وبَطَل الأجَلُ؛ لأنه من خَصائِص الكِتابةِ، وبَقِي أصلُ المالِ عليه غيرَ مُؤجَّلٍ؛ لأن عِتقَ بعضِ الْمُكاتَبِ إنما حَصَل بطَريق الوصِيّةِ؛ لكَون التَّدبيرِ وصِيّةً.

وعِتقُ بعضِ الْمُكاتَبِ بطَريق الوصِيّةِ لا يُسقِطُ عنه بدَلَ الكِتابةِ، كما لو أعتَق الْمُكاتَبَ في مَرَض موتِه ولا مالَ له سِواه، فإنه يَعتِقُ كلُّه عندَهما، ولا يَسقُطُ عنه كلُّ بدَلِ الكِتابةِ، وإنما يَسقُطُ الثُّلُثُ.

وإذا بَقِي عليه بدَلُ الكِتابةِ حالًا، ووَجَب عليه ثُلُثا القِيمةِ بالتَّدبير حالًا: لم يكن

---

(١) في (ج): فأبو.

(٢) في (ج): فبطلت.

التَّخييرُ مُفيدًا، فيَلزَمُه أقلُّ المالَين بلا خِيارٍ، كما لو أعتَق عبدَه على ألفٍ أو ألفَين، فإنه يَلزَمُه الأقلُّ بلا خِيارٍ عندَهم، كذا هنا.

وأما الكَلامُ في المِقدار.. فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَبطُلُ شيءٌ من بَدَل الكِتابةِ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَبطُلُ ثُلُثُ بدَلِ الكِتابةِ؛ لأن الكِتابةَ صادَفت كلَّه؛ لأنه قال: (كاتبتُك)، فيَكونُ بدَلُ الكِتابةِ مُقابَلًا بالكلّ، وقد عَتَق ثُلُثُه بالتَّدبير، فيَبطُلُ ما بإزائه من البَدَل.

ألا تَرى أنه لو عَتَق كلُّه بالتَّدبير، بأن كان يَخرُجُ من الثُّلُث: بَطَل كلُّ البدَلِ، فكذا إذا عَتَق ثُلُثُه به يَسقُطُ ثُلُثُه عنه؛ اعتِبارًا للبَعض بالكلّ، ولهذا لو أدّى كلَّ البدَلِ في حَياته يَعتِقُ كلُّه، ولو كان ثُلُثُه مُستحَقًّا بالتَّدبير، ولم يَرِد عليه عقدُ الكِتابةِ.. لَمَا عَتَق كلُّه بالأداء، وصار كما لو تَقدَّمت الكِتابةُ.

ولهما: أن المالَ قُوبِل بما يَصِحُّ مُقابَلتُه به وبما لا يَصِحُّ، فانصَرَف كلُّه إلى ما يَصِحُّ[1]، كرَجُلٍ طَلَّق امرَأتَه ثِنتيَن، ثم طَلَّقها ثَلاثًا بألفٍ: لَزِم الألفُ كلُّه مُقابَلًا بما بَقِي، وهو الواحِدةُ؛ وهذا لأن مُوجَبَ الكِتابةِ ثُبوتُ ما لم يكن ثابِتًا للمُكاتَب، والبدَلُ بمُقابَلة ذلك لا بمُقابَلة ما هو ثابِتٌ، والتَّدبيرُ يُوجِبُ استِحقاقَ ثُلُثِ رَقَبتِه لا مَحالةَ، فلا يُتصوَّرُ استِحقاقُه بالكِتابة ليَكونَ البدَلُ بمُقابَلته، فكان البدَلُ بمُقابَلة ما وراءَه.

وإذا ثَبَت أن بدَلَ الكِتابةِ مُقابَلٌ بما وراءَ المُستحَقِّ بالتَّدبير، ولم يَسلَم شيءٌ منه للعَبد بمَوت المَولى: فلا يَسقُطُ شيءٌ منه من بَدَل الكِتابةِ[2].

---

(١) في (د): ما لا يصح.

(٢) في هامش (ج) زيادة: في نسخة: لعدم سقوط ما في مقابلته.

وهذا بخِلاف ما لو دَبَّر مُكاتبَه؛ لأن البدَلَ ثَمَّ قُوبِل بكلِّ الرَّقَبةِ؛ إذ لم يُستحَقَّ شيءٌ من رَقَبته عندَ الكِتابةِ، فإذا عَتَق بعضُ الرَّقَبةِ بعدَ ذلك بالتَّدبير سَقَط حِصّتُه من بَدَل الكِتابةِ.

أما هنا: فالكِتابةُ وَقَعت بعدَ التَّدبيرِ، فتَناوَلت ما لم يَتناوَله التَّدبيرُ، وماليّةُ الثُّلُثِ قد سَقَطت، حتى لو أتلَفه إنسانٌ لا يَضمَنُ إلا قِيمةَ الثُّلُثَين، فكان البدَلُ بإِزاءِ الثُّلُثَين ضَرورةً، وليس كما إذا أدّى في حَياته؛ لأن استِحقاقَ الثُّلُثِ قد بَطَل، وبَطَل التَّقديرُ[1] الذي قُلنا.

دَبَّر مُكاتَبَه: صحّ، فإن عَجَز: بَقِي مُدبَّرًا، وإلا سَعى في ثُلُثَي قِيمتِه أو(س م) ثُلُثَي البَدَل بمَوته.

وإن دَبَّر مُكاتَبَه صَحَّ التَّدبيرُ؛ لأنه يَملِكُ تَنجيزَ العِتقِ فيه، فيَملِكُ التَّعليقَ بشَرط الموتِ أيضًا.

وله الخِيارُ، فإن عَجَّز نفسَه بَقِي مُدبَّرًا؛ لأن الكِتابةَ ليست بلازِمةٍ في جانِب العبدِ.

وإن مَضى على الكِتابة، ومات الْمَولى ولا مالَ له غيرُه: سَعى في ثُلُثَي قِيمتِه أو ثُلُثَي البدَلِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الثُّلُثَ مُستحَقٌّ بالتَّدبير الْمُتأخِّرِ، فسَقَط به ثُلُثُ بدَلِ الكِتابةِ، وقالا: يَسعى في الأقَلِّ منهما.

فالخِلافُ هنا في الخِيار بِناءً على ما ذَكَرنا.

فأما الْمِقدارُ: فمُتَّفَقٌ عليه، وقد بَيَّنّا الوجهَ فيه.

حَرَّر مُكاتَبَه: عَتَق، وسَقَط البَدَل.

(١) في (ج): التدبير.

وإذا أعتَق الْمَولى مُكاتَبَه صَحّ، وسَقَط عنه بدَلُ الكِتابةِ؛ لأنه إنما التَزَمه ليَحصُلَ العِتقُ به، وقد حَصَل العِتقُ بدُونه.

والكِتابةُ وإن كانت لازِمةً في جانِب الْمَولى.. ولكنها تُفسَخُ بالتَّراضِي، وقد وُجِد الرِّضا من الْمَولى بالإقدام على الإعتاق، وكذا من العَبد؛ لحُصول العِتقِ له مع سَلامةِ الأكسابِ؛ لأن الحُكمَ بانفِساخ الكِتابةِ في حقِّ سُقوطِ البدَلِ للنَّظَر، والنَّظَرُ في إبقائها في حقِّ سَلامةِ الأكسابِ.

مُكاتَبةٌ وَلَدت بِنتًا، وهي بِنتًا، فحَرَّر الوُسطى: تَعتِقُ السُّفلى (س م).

مُكاتَبةٌ وَلَدت بِنتًا، ثم وَلَدت البنتُ بِنتًا، ثم أعتَق الْمَولى الوُسطى: تَعتِقُ السُّفلى عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: لا تَعتِقُ؛ لأنها تبَعٌ للعُليا لا للوُسطى؛ لأنه لا تبَعَ للتَّبَع.

وله: أنها تبَعٌ لهما، فتَعتِقُ بعَتق كلِّ واحِدٍ منهما.

كاتَبه على ألفٍ مُؤجَّلٍ، فصالَح على نِصفه حالًّا: صحّ (و).

وإن كاتَب عبدَه على ألف دِرهَمٍ إلى سنةٍ، فصالَحه على خَمسِمائةٍ مُعجَّلةٍ صَحّ.

والقِياسُ: أن لا يَصِحَّ؛ لأنه اعتِياضٌ عن الأجَل بخَمسِمائةٍ من بَدَل الكِتابةِ، والأجَلُ ليس بمالٍ، وخَمسُمائةٍ مالٌ، والاعتِياضُ عن غَير المالِ بالمال رِبًا، ولهذا لو كان له دَينٌ مُؤجَّلٌ على الحُرِّ أو على مُكاتَب الغيرِ، فصالَحه على نِصفه مُعجَّلًا: لم يَجز.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الفَسادَ في الحُرِّ لِمَكان الرِّبا؛ إذ الأجَلُ ليس بمالٍ مُتقوَّمٍ، فلم تَجز مُقابَلةُ الحطِّ به، وقد وَجَدنا سَبيلًا إلى الاحتِراز عن الرِّبا هنا، وهو أن يُجعَلَ ذلك فسخًا منهما للكتابة السّابقةِ، وتَجديدًا للعَقد على خَمسِمائةٍ حالّةٍ؛ لأن بدَلَ الكِتابةِ في معنى الْمَعقودِ عليه، ألا تَرى أن العجزَ عن أدائه يُوجِبُ حقَّ الفسخ، فصَحَّ الفسخُ

باعتِبار الإضافةِ إليه، بخِلاف ثَمَنِ الْمَبيعِ[1].

ولأن الأجَلَ في حقِّ الْمُكاتَبِ له شَبَهٌ بالأموال؛ لأنه لا يَقدِرُ على أداء بدَلِ الكِتابةِ إلا بالأجَل، فأُعطِي له حُكمُ المالِ، وبدَلُ الكِتابةِ له شَبَهٌ بالحُقوق التي ليست بمالٍ؛ بدَلالة أنه لا يَصلُحُ نِصابًا للزَّكاة، ولا يُوصَفُ باللُّزوم حَقيقةً، ولا تَصِحُّ الكَفالةُ به، فكان كلُّ واحِدٍ منهما مالًا من وجهٍ دونَ وجهٍ، فاعتَدَلا، فلا يَتحقَّقُ الرِّبا.

فأما الدَّينُ الذي على الحُرّ: فيَصلُحُ نِصابًا للزَّكاة، ويُوصَفُ باللُّزوم حَقيقةً، وتَصِحُّ الكَفالةُ به، والأجلُ في حقِّه لا يُشبِهُ المالَ؛ لأنه قادِرٌ بدُونه، فبَطَل الاعتِياضُ.

ولأن الاعتِياضَ عن الأجَل رِبًا من وجهٍ، وعقْدَه مع مُكاتَبِه عقدٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ؛ لِما مَرَّ أن القِياسَ يَنفي هذا العقدَ، ولأنه يَمينٌ من وجهٍ؛ لأنه تَعليقُ العِتقِ بأَداء البدَلِ، فكان شُبهةَ الشُّبهةِ، وهي غيرُ مُعتبَرةٍ، وعقدُه مع الحُرِّ أو مُكاتَبِ الغيرِ عقدٌ من كلِّ وجهٍ، فكان رِبَا الأجَلِ شُبهةً، فتُعتبَرُ.

مات مَريضٌ كاتَب عبدَه على ألفَين إلى سَنةٍ، وقِيمتُه ألفٌ: أدّى ثُلُثَي البَدَلِ[2] حالًّا، أو رُدَّ قِنًّا، وبعَكسه: ثُلُثَي القِيمةِ.

وإذا كاتَب الْمَريضُ عبدَه على ألفَين إلى سنةٍ، وقِيمتُه ألفُ دِرهَمٍ، ثم مات ولا مالَ له غيرُه، ولم تُجِز الوَرَثةُ: فإنه يُؤدِّي ثُلُثَي الألفَين حالًّا، والثُّلُثَ إلى أجَله، أو يُرَدُّ رَقيقًا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يُؤدِّي ثُلُثَي[2] الألفِ -أي[3] القِيمةِ- حالًّا، والباقِيَ إلى

(١) في (أ) و(ب): البيع.

(٢) في (هـ): ثلث.

(٣) في (د) و(هـ): إلى.

أجَله؛ لأن ما زاد على القِيمة يَملِكُ الْمَريضُ ترْكَه، بأن يُكاتِبَه على قِيمته، فيَملِكُ تَأجيلَه بالطَّريق الأَولى؛ لأن التَّأخيرَ أهونُ من الإبطال، وصار كما لو خالَع امرَأتَه في مَرَض موتِه على ألفٍ إلى سنةٍ؛ فإنه يُعتبَرُ من كلِّ المالِ؛ لأنه لو تَركه صَحّ، بأن يُطلِّقَها بلا بدَلٍ، فصَحّ تَأجيلُه.

ولهما: أن بدَلَ الكِتابةِ قُوبِل بمالٍ مُتقوَّمٍ، فيَصيرُ بدَلًا عنه، ولهذا كان عِتقُه مُعلَّقًا بأَداء الكلِّ، وحقُّ الوَرَثةِ كان مُتعلِّقًا بجَميع الْمُبدَلِ، فيَصيرُ مُتعلِّقًا بجَميع البدَلِ، وقد تَبرَّع بتَأجيله، فلا يَصِحُّ في قَدْر الثُّلُثَين منه.

بخِلاف بدَلِ الخُلعِ؛ لأنه لا يُقابِلُ المالَ بوجهٍ من الوُجوه، ولم يكن حقُّ الوَرَثةِ مُتعلِّقًا بالْمُبدَل، وهو البُضعُ، فلا يَصيرُ مُتعلِّقًا بالبَدَل.

وأصلُه: أن الْمَريضَ إذا باع دارًا قِيمتُها ألفٌ بثَلاثة آلافٍ إلى سنةٍ، ثم مات ولا مالَ له غيرُها، ولم تُجِز الوَرَثةُ.. فعندَهما: يُقالُ للمُشتَري: (إما أن تُعجِّلَ ثُلُثَي جَميعِ الثَّمَنِ، والثُّلُثُ عليك إلى أجَله، وإلا فانقُض البيعَ)، وعندَه: يُقالُ له: (إما أن تُعجِّلَ ثُلُثَي القِيمةِ، والباقِي عليك إلى أجَله، وإلا فانقُض البيعَ).

وحاصِلُه: أن الْمُحاباةَ بالأجَل[1] تُعتبَرُ في جَميع الثَّمَنِ وصِيّةً من الثُّلُث عندَهما؛ لأن التَّأجيلَ تَبرُّعٌ من الْمَريض من حيث إن الوارِثَ يَصيرُ مَمنوعًا عن المال بسَبَب التَّأجيلِ، كما يَصيرُ مَمنوعًا بنَفس التَّبرُّعِ، وتَبرُّعُ الْمَريضِ يُعتبَرُ من ثُلُث المالِ، وجَميعُ الثَّمَنِ هنا بدَلُ الرَّقَبةِ؛ بدَليل أنه يَثبُتُ فيه أحكامُ الأبدالِ، حتى يَبيعُ مُرابَحةً على جَميع الثَّمَنِ، ويَأخُذُ الشَّفيعُ بكلِّ الثَّمَنِ، وعندَه: الأجَلُ فيما زاد على القِيمة يَصِحُّ من رَأس المالِ، ويُعتبَرُ في قَدْر القِيمةِ من الثُّلُث.

---

(١) في (ب) و(د): في الأجل.

ولو كان على العَكس، بأن كاتَبه على ألفٍ إلى سنةٍ، وقِيمتُه أَلفان، ولم تُجِز الوَرَثةُ.. قِيل له: (أدِّ ثُلُثَي قيمتِك حالًّا وأنت حُرٌّ، وإلا رُدِدتَ في الرِّق).. عندَهم؛ لأن الْمُحاباةَ هنا في القَدْر والأَجَلِ، فوَجَب اعتِبارُ الكلِّ من ثُلُث مالِه، واللهُ أعلَمُ.

بَابُ مَنْ يُكَاتِبُ عَنِ العَبْدِ

حُرٌّ كاتَب عن عبدٍ[1] بألفٍ، وأدّى: عَتَق، فإن قَبِل العبدُ: تكاتَب، ورَجَع إن ضَمِن، وإلا لا، ولو عن[2] ابنه الصَّغيرِ لا يَصِحُّ، إلا أن يَعقِلَ، فيُجيزَ.

حُرٌّ كاتَب عن عبدٍ على ألفٍ، وأدّى الحُرُّ عنه: عَتَق، وإن بَلَغ العبدَ وقَبِل: فهو مُكاتَبٌ.

وصُورةُ الْمَسألةِ: أن يَقولَ حُرٌّ لِمَولى العبدِ: (كاتِبْ عبدَكَ فُلانًا على ألف دِرهَمٍ، على أني إن أدَّيتُ إليك ألفًا فهو حُرٌّ)، فكاتَبه الْمَولى على هذا، وقَبِل الرَّجُلُ، ثم أدّى ألفًا: فإنه يَعتِقُ؛ لأنه تَعليقُ العِتقِ بأدائه، وذا يَصِحُّ من غَير قَبولِ العبدِ وإجازتِه.

وإذا بَلَغ العبدَ فقَبِل: صار مُكاتَبًا؛ لأن الكِتابةَ كانت مَوقوفةً على إجازته، وقَبولُه إجازةٌ.

ولو لم يَقُل: (على أني إن أدَّيتَ إليك ألفًا فهو حُرٌّ)، فأدّى: لا يَعتِقُ قِياسًا؛ لأن العقدَ مَوقوفٌ، والْمَوقوفُ لا حُكمَ له، ولم يُوجَد التَّعليقُ.

وفي الاستِحسان: يَعتِقُ؛ لأن الكِتابةَ نافِذةٌ فيما يَنفَعُ العبدَ، وهو أن يَعتِقَ عندَ أداءِ الْمَشروطِ، مَوقوفةٌ فيما يَرجِعُ إلى وُجوب البدَلِ عليه؛ نظَرًا للعَبد، وتَصحيحًا للعَقد بقَدر الإمكانِ.

---

(١) في (م): عبده.

(٢) في (ف): من.

وقِيل: هذه صُورةُ مَسألةِ «الكِتابِ»[1].

ولو أدّى الحُرُّ البدَلَ لا يَرجِعُ على العَبد؛ لأنه مُتبرِّعٌ.

وهل يَرجِعُ على الْمَولى، ويَستردُّ منه ما أدّى إن أدّاه بضَمانٍ؟ يَستردُّ[2]؛ لأن ضَمانَه كان باطِلًا؛ لأنه ضَمِن غيرَ الواجِبِ؛ ألا تَرى أنه لو ضَمِن المالَ في الكِتابة الصَّحيحةِ، فأدّى: يَرجِعُ بما أدّى، فهنا أَولى.

وإن أدّاه بغَير ضَمانٍ لا يَرجِعُ؛ لأنه تَبرَّع به ليَحصُلَ[3] العِتقُ، وقد حَصَل، فتَمَّ أداؤُه، فلا يَرجِعُ.

ولو كاتَب حُرٌّ عن ابنه الصَّغيرِ لا تَصِحُّ؛ لأن الأبَ الحُرَّ لا وِلايةَ له على ابنه العبدِ، فلم يَنفُذ العقدُ، إلا أن يَعقِلَ، فيُخيَّرَ؛ لأنه تَوقَّف عليه؛ لأنه نافِعٌ محضٌ، والعقلُ مُنتظَرٌ.

كاتَب الحاضِرَ والغائِبَ، وقَبِل الحاضِرُ: صحّ، وأيٌّ أدّى عَتَقا، ولا يَرجِعُ.

وإن كاتَب العبدَ الحاضِرَ والعبدَ الغائِبَ، وقَبِل الحاضِرُ: صَحَّ العقدُ عليهما استِحسانًا، ومَعنى الْمَسألةِ: أن يَقولَ العبدُ: (كاتِبْني بألف دِرهَمٍ على نَفسي وعلى فُلانٍ الغائِبِ).

والقِياسُ: أن تَصِحَّ الكِتابةُ على الحاضِر بحِصّته من البَدَل، وتَتوقَّفَ في حقِّ الغائِبِ

---

(١) قال في «البناية» ١٠/ ٤٢٣: أراد أن المسألة التي قال فيها: كاتب عبدك على ألف، ولم يقل: على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر.. هي صورة مسألة «الجامع الصغير»، وأشار بهذا إلى أن شراح «الجامع الصغير» رَحِمَهُمُ اللَّهُ اختلفوا في صورة المسألة، فصورها بعضهم بما ذكره بقوله: وصورة المسألة أن يقول... إلى آخره، وصورها آخرون بما ذكره في قوله: ولو لم يقل على أني... إلى آخره.

(٢) في (هـ) زيادة: لأن المؤدي بحكم ضمان فاسد مردود على المؤدي.

(٣) في (ج): لتحصيل.

على إجازته؛ لأن الحاضِرَ له وِلايةٌ على نَفسه دونَ الغائِبِ، فوَجَب أن يَنفُذَ في مَوضِع الوِلايةِ، ويَتوقَّفَ في غَير مَوضِعِ الوِلايةِ، كمن باع مالَه ومالَ غيرِه بغَير أمرِه، وكمن كاتَب عبدَه وعبدَ غيرِه.

وجهُ الاستِحسانِ: أن هذا العقدَ في حقِّ الغائِبِ عقدٌ يَنفرِدُ به الْمَولى، فوَجَب أن يَصِحَّ بلا تَوقُّفٍ، كما لو كاتَب الحاضِرَ بألفٍ، ثم قال له: (إذا أدَّيتَه ففُلانٌ حُرٌّ)، فإنه يَصِحُّ من غَير قَبولِ الغائِبِ

وهذا لأن الْمَولى خاطَب الحاضِرَ قصدًا، وجَعَل الغائِبَ تَبعًا له، والكِتابةُ على هذا الوجهِ مَشروعةٌ، كالأَمة إذا كُوتبِت دَخَل أولادُها في كِتابتها تَبعًا، حتى يَعتِقوا بأَدائها، وليس عليهم من البَدَل شيءٌ، فلما أمكَن أن يُجعَلَ تَبعًا استَغنى عن شَرط الرِّضا، ويَنفرِدُ به الحاضِرُ، ويُطالَبُ الحاضِرُ بكلِّ البدَلِ؛ لأن المالَ كلَّه عليه، وأيُّهما أدّى عَتَقا، ويُجبرُ الْمَولى على القَبول.

أما الحاضِرُ: فلأن البدَلَ عليه، وهو أصلٌ فيه.

وأما الغائِبُ: فلأنه يَنالُ به شرَفَ الحُرِّيّةِ، فيُجبرُ الْمَولى على القَبول، وإن لم يكن البدَلُ عليه، كمُعير الرَّهنِ إذا أدّى الدَّينَ إلى الْمُرتهِن: يُجبرُ الْمُرتهِنُ على القَبول منه؛ لحاجته إلى استِخلاص عَينِه، وإن لم يكن الدَّينُ عليه.

وأيُّهما أدّى لا يَرجِعُ على صاحِبه بشيءٍ.

أما الحاضِرُ: فلأنه قَضى دَينًا عليه، وذلك كالْمُكاتَب إذا وُلِد له ولَدٌ في الكِتابة، فإنه إذا أدّى لم يَرجِع على وَلَده بشيءٍ؛ لِما قُلنا.

وأما الغائِبُ: فلأنه أدّى بغَير أمرِه، وليس بمُضطَرٍّ من جِهَته، بل طَلَب نفعًا مُبتدأً، بخِلاف مُعيرِ الرَّهنِ؛ لأنه مُضطَرٌّ فيه؛ لأنه يَفوتُ مِلكُه الثّابتُ.

وكذا إن وَهَب للحاضِر، لا للغائِب، وقَبولُه لغوٌ، ولا يُؤخَذُ بشيءٍ، فإن حَرَّره سَقَط حظُّه، وإن حَرَّر الحاضِرَ، أو مات: أدّى الغائِبُ حظَّه حالًّا، وإلا رُدَّ قِنًّا.

وإن وَهَب الْمَولى الكِتابةَ للحاضِر عَتَقا؛ لأن الكلَّ عليه، فنزَل ذلك مَنزِلةَ أدائِه، وإن وَهَبها للغائِب لم يَعتِقا؛ لأنه لا شيءَ عليه، فلا تَصِحُّ الهِبةُ.

فإن قَبِل العبدُ الغائِبُ العقدَ فهو لغوٌ، والكِتابةُ لازِمةٌ للشّاهِد، كما لو لم يَقبَل؛ لأن الكِتابةَ نَفَذت كذلك من غَير قَبولِه، فلا تَتغيَّرُ بقَبوله، كمن كَفَل بدَينٍ عن غَيره بغَير أمرِه، فبلَغه، فأَجازه، فإن إجازتَه باطِلةٌ، ولا يَتغيَّرُ حُكمُه، حتى لو أدّى لا يَرجِعُ عليه، كذا هذا.

وليس للمَولى أن يَأخُذَ الغائِبَ بشيءٍ من البَدَل؛ لأنه لم يَلتزِم شيئًا، بل هو تَبَعٌ في العَقد، كوَلَد الْمُكاتَبِ، ولا يُؤخَذُ ولَدُ الْمُكاتَبِ بشيءٍ، كذا هذا.

فإن حَرَّر الْمَولى العبدَ الغائِبَ عَتَق؛ لأنه مِلكُه، وسَقَط حظُّه من الْمُكاتَبة؛ لأن المالَ مُقابَلٌ بالرَّقَبتَين في حقِّ الْمَولى والحاضِرِ، وإنما جَعَلناه تابِعًا لا حِصّةَ له في حقِّه: لئلا يَتضرَّرَ به، فإذا بَطَلت حِصّتُه لم يَعتِق الحاضِرُ حتى يُؤدِّيَ حِصّتَه.

وإن حَرَّر الحاضِرَ عَتَق، وبَطَل عنه حِصّتُه من الْمُكاتَبة، ويُؤدِّي الغائِبُ حِصّتَه حالًّا، وإلا رُدَّ في الرِّقّ؛ لأن الأجَلَ كان مَشروطًا للحاضِر دونَ الغائِبِ.

ومِثلُه كِتابةُ عبدِه عنه، وعن ابنٍ صَغيرٍ له، فإن كَبِر ومات أبُوه: سَعى على نُجومه[1].

ولو كاتَب عبدَه على نَفسه وعلى ابنٍ صَغيرٍ له: فهو كالعَبد الغائِبِ؛ لأنه لا وِلايةَ له على وَلَده، فصار ابنُه الْمَملوكُ لِمَولاه ومَملوكٌ آخرُ سَواءً، بل هذا أَولى؛ لأن ولَدَه أقرَبُ إليه من الأجنَبيِّ.

(١) قوله: (فإن كبر ومات أبوه سعى على نجومه) مثبت من (م) و(ن).

وكذا لو كاتَب أمتَه على نَفسها وعلى ابنَين لها صَغيرَين: يَجوزُ، وليس جَوازُ العقدِ منها على ابنَيها بطَريق الوِلايةِ؛ إذ لا وِلايةَ للأُمِّ الحُرّةِ على وَلَدها، فكيف تَثبُتُ للأَمة؟! ولكن الأمةُ جَعَلت نفسَها أصلًا في الكِتابة، فيَجوزُ عليها قصدًا، وعليهما تبَعًا.. استِحسانًا، كما في كِتابة الحاضِرِ على عبدٍ للمَولى غائِبٍ.

وأيُّهم أدّى لم يَرجِع على صاحِبه بشيءٍ؛ لِما مَرّ، ويُجبرُ الْمَولى على القَبول؛ لِما بَيَّنّا أن الْمُؤدِّيَ مُنتفِعٌ بما يُؤدِّي، ويَعتِقون؛ لِما مَرّ.

كاتَب عبدَه، فأدّى عنه غيرُه بلا أمرٍ وضَمانٍ: عَتَق، ولا يَرجِعُ، ولو بضَمانٍ بأمرٍ: رَجَع عليه أو على سَيِّده، فإن استَدان البعضَ، وأدّاه، وعَجَز: سَلِم له، وبِيعَ فيه.

كاتَب عبدَه كِتابةً صَحيحةً، فأدّاه عنه غيرُه بلا أمرٍ وضَمانٍ: عَتَق، ولا يَرجِعُ؛ لأنه مُتبرِّعٌ، ولو أدّى بضَمانٍ بأمر العبدِ: رَجَع على العَبد؛ لأدائه بأَمره، أو على سَيِّده؛ لفَساد ما يَنبَني عليه الأداءُ، وهو الضَّمانُ.

فإن استَدان البعضَ وأدّاه، وعَجَز: لا يَرجِعُ، ويَكونُ دَينًا في ذِمّته يُباعُ فيه.

كاتَب عَبدَيه على أن يَعتِقا إن أدَّيا.

وإن عَجَزا رَقّا: صحّ(د)، فإن أدّى أحَدُهما حظَّه لا يَعتِقُ(ز).

وإن كاتَب عَبدَيه كِتابةً واحِدةً على ألَف دِرهَمٍ، على أنهما إن أدَّيا عَتَقا.

وإن عَجَزا رُدّا في الرِّق، فقَبِلا: صَحَّ العقدُ استِحسانًا؛ لِما مَرَّ في الكَفالة.

فإن أدّى أحَدُهما حظَّه: لا يَعتِقُ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَعتِقُ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يَلزَمُه كِتابةُ نفسِه وحِصّتُه لا حِصّةُ صاحِبه.

ولنا: أنه علَّق عِتقَهما بأداء الكلِّ؛ لأنه قال: (إن أدَّيا عتقا)، فلا يَعتِقُ أحدُهما بأداء حِصَّتِه.

مُكاتَبٌ قال: (إذا عَتقتُ فثُلُثي وَصِيَّةٌ)، أو (أوصَيتُ بثُلُثي): صحّ، وإن قال: (أوصَيتُ بثُلُث مالِي) وعتَق: بطَل (س م).

مُكاتَبٌ قال: (إذا عَتقتُ فثُلُثي وصِيّةٌ) أو (أوصَيتُ بثُلُثي): صَحّ، وإن قال: (أوصَيتُ بثُلُث مالي) وعتَق: بطَل.

اعلَم أن وصِيّةَ الْمُكاتَبِ ثلاثةُ أقسامٍ:

قِسمٌ منها باطِلٌ، وهو الوصِيّةُ بعَينٍ من أعيان مالِه؛ لأنه لا مِلكَ له حَقيقةً، وهو تبرُّعٌ محضٌ، فلا يَصِحُّ، وإن مَلَك ذلك بعدَ العِتقِ، كمن أَوصى بعَينٍ لا يَملِكُه، ثم مَلَكه.

وقِسمٌ يَجوزُ إجماعًا، وهو ما إذا أضاف الوصِيّةَ إلى مِلكٍ بعدَ العِتقِ، بأن قال: (إذا عَتقتُ فثُلُثُ مالي لفُلانٍ وصِيّةٌ)، أو (فقد أوصَيتُ له بثُلُث مالي)، حتى إذا عتَق ثم مات فللمُوصَى له ثُلُثُ مالِه؛ لأنه صَرَّح بإضافة الوصِيّةِ إلى مِلكٍ يَقبَلُ الوصِيّةَ.

وقِسمٌ باطِلٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، صَحيحٌ عندَهما، كما إذا قال: (أوصَيتُ بثُلُث مالي لفُلانٍ)، ثم عتَق.

وهذا بِناءٌ على أن للمُكاتَب نوعَي مِلكٍ: حَقيقيًّا، وهو ما بعدَ العِتقِ، ومَجازيًّا، وهو ما قبلَ العِتقِ، فعندَه: يَنصرِفُ إلى المَجازيّ، فوقَع باطِلًا، وعندَهما: يَنصرِفُ إلى الحَقيقيّ، فيَصِحُّ.

مُكاتَبٌ او صَبيٌّ أمَر بالتَّحرير أو التَّبرُّعِ غدًا، فعتَق أو بَلَغ قبلَه: بطَل.

مُكاتَبٌ او صبيٌّ امَر رَجُلًا بتَحرير عبدِه غدًا، أو بهِبةٍ، أو بصَدَقةٍ غدًا، ثم عتَق

الْمُكاتَبُ أو بَلَغ الصَّبيُّ قبلَ مَجيءِ الغدِ: فهو باطِلٌ؛ لبُطلان أهلِيّتِهما، حتى لو فَعَل الوَكيلُ يَتوقَّفُ على إجازتهما.

وَكَّل مَحجورٌ بِنكاحٍ أو شِراءٍ، وفَعَل وَكيلُه بعدَ عِتقِه: صحّ، وقبْلَه: نَفَذ عليه.

وَكَّل عبدٌ مَحجورٌ رَجُلًا بأن يُزوِّجَ له امرَأةً، أو يَشتريَ له شيئًا، وفَعَل الوَكيلُ بعدَ عِتقِه: صَحّ؛ لأن العبدَ أهلٌ للشِّراء[1]، وإنما لم تَنفُذ الوَكالةُ لحقِّ الْمَولى، فإذا زال بالعِتق نَفَذت الوَكالةُ.

وإن اشتَراه الوَكيلُ قبلَ عِتقِه: نَفَذ عليه؛ لأن الشِّراءَ لا يَتوقَّفُ عليه.

قال لعَبده: (إن لم أضرِبك فأنت حُرٌّ)، وأَوصى، وله طِفلٌ حُرٌّ ومالٌ[2]، ومات ولم يَضرِبه: عَتَق، ولَغا إيصاؤُه.

رَجُلٌ قال لعَبده: (إن لم أضرِبك فأنت حُرٌّ)، وأَوصى العبدُ إلى رَجُلٍ، وله ولَدٌ حُرٌّ صَغيرٌ، وله مالٌ، ومات ولم يَضرِبه: عَتَق، ولَغا إيصاؤُه؛ لأنه إنما يَعتِقُ في آخِر جُزءٍ من أَجزاء حَياتِه؛ لتَحقُّق اليأسِ عن الضَّرب عندَه، وذلك زَمانٌ يَسيرٌ لا يَسَعُ التَّصرُّفُ[3] فيه، فلا يَصِحُّ إيصاؤُه.

---

(١) في (د): أهل للتزوج والشراء.

(٢) في (س): وله مال.

(٣) في (هـ): الضرب.

باب كتابة العبد المشترك

عبدٌ بينَهما، كاتَب أحَدُهما حظَّه بألفٍ بإذنٍ به وقَبْضِه[1]: نَفَذ في حظِّه(س م).

عبدٌ بينَ رَجُلَين أذِن أحَدُهما لصاحِبه أن يُكاتِبَ نَصيبَه بألف دِرهَمٍ، ويَقبِضَ بدَلَ الكِتابةِ، فكاتَب: نَفَذ في حظِّه فقط عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الكِتابةَ تَتجزَّأُ عندَه؛ لأنها تُفيدُ الحُرِّيَةَ يدًا، فصارت كالإعتاق من هذا الوجهِ.

ولا يَفسَخُ شَريكُه.

وليس لشَريكه الفسخُ؛ لأنه بإذنه، وهذه فائِدةُ الإذنِ بالكِتابة.

فإن أدّى ألفًا: عَتَق حظُّه(س م)، ولا يَضمَنُ، وسَعى العبدُ(س م).

فإن أدّى ألفًا عَتَق حظُّه، ولا يَضمَنُ لشَريكه؛ لأنه بِرضاه، ولكن يَسعى العبدُ في نَصيب السّاكتِ.

وإن أدّى بعضَه: سَلِم له(س م)، ككُلِّه، إلا إذا نَهاه.

وإن أدّى بعضَ الألفِ أو كلَّه: سَلِم له، وليس للسّاكِت أن يَأخُذَ منه نِصفَه؛ لأن إذنَه له بقَبض البدَلِ إذنٌ للمُكاتَب بالأداء، والإذنُ بالأداء تَبرُّعٌ منه بنَصيبه من الكَسب على المُكاتَب، وقد تَمّ بقَبض المُكاتِب، فسَلِم كلُّه له، كربِّ الوَديعةِ إذا أمَر المُودَعَ بقَضاء دَينه من الوَديعة، فقَضى: لم يَبقَ لربِّ الوَديعةِ عليه سَبيلٌ، فكذا هذا، إلا إذا نَهاه

(١) في (م) و(ن): حظه بألف وأذن بقبضه.

قبلَ الأداءِ، فيَصِحُّ نهيُه؛ لأنه تَبرُّعٌ لم يَتِمَّ.

ولو أذِن وهو مَريضٌ، وأدّى من كسبٍ بعدَ الكِتابةِ: صحَّ من كلِّ مالِه، ولو بلا إذنٍ: له فسخُه، وعَتَق(س م) حظُّه إن أدّى قبْلَه، وشارَكَ الْمَقبوضَ، ورَجَع به(س م) على العَبد إن لم يُكاتَب كلُّه.

ولو أذِن وهو مَريضٌ، وأدَّى من كسبٍ بعدَ الكِتابةِ: صَحَّ من كلِّ مالِه؛ لأن الكسبَ إذا لم يكن مَوجودًا حالةَ الإذنِ فالآذِنُ لم يَتبرَّع بشيءٍ من ماله حتى يُعتبَرَ من الثُّلُث، وإنما تَبرَّع[1] بمَنافِع العبدِ حيث أذِن له بصَرفها في أَداء بدَلِ الكِتابةِ، وتَبرُّعُ الْمَريضِ بالْمَنافِع لا يُعتبرُ من الثُّلُث، بل من جَميع المالِ؛ لأن حقَّ الوَرثةِ يَتعلَّقُ بأَعيان الأموالِ لا بالْمَنافِع.

وإن كان قد اكتَسَب[2] قبلَ الكِتابةِ، فأذِن له في الكِتابة والقبضِ منه: نَفَذ من الثُّلُث؛ لأنه تَبرَّع بعَين مالِه؛ لأنه حينَ الإذنِ كان الكسبُ قائِمًا، فيَتعلَّقُ[3] حقُّ الوَرثةِ به.

وعندَهما: الكِتابةُ لا تَتجزَّأُ، فيَكونُ الإذنُ بكِتابة نَصيبِه إذنًا بكِتابة الكلِّ، فإذا كاتَبه يَكونُ مُكاتِبًا نَصيبَه بحُكم الْمِلكِ، ونَصيبَ شَريكِه بحُكم التَّوكيلِ والإذنِ، فيَكونُ مُكاتِبًا لهما، ويَكونُ بدَلُ الكِتابةِ بينَهما.

وإذا قَبَض الْمُكاتَبُ شيئًا يَكونُ بينَهما قبلَ العجزِ وبعدَه، ولو كان بلا إذن صاحِبِه له حقُّ الفسخِ عندَ الكلِّ، وإن لم يَفسَخ حتى أدّى بدَلَ الكِتابةِ عَتَق حظُّه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

---

(١) في (أ) و(د): يتبرع.

(٢) في (هـ): هذا الكسب.

(٣) في (أ): فتعلق، وفي (ب): يتعلق.

وللسّاكِت أن يَأخُذَ من الذي كاتَب نِصفَ ما أخَذ من بَدَل الكِتابةِ؛ لأنه كسبُ عبدٍ مُشترَكٍ، ثم يُنظَر، إن كاتَب كلَّه بألفٍ لا يَرجِعُ على الْمُكاتِب بشيءٍ مما أخَذ منه شَريكُه؛ لأنه لم يَسلَم للعَبد منه إلا نِصفُ الْمُبدَلِ، فلم يَسلَم للمَولى إلا نِصفُ البدَلِ.

وإن كاتَب نَصيبَه بألفٍ رَجَع على العَبد بما أخَذ منه شَريكه؛ لأنه سَلِم للعَبد منه كلُّ الْمُبدَلِ، ولم يَسلَم للمَولى إلا نِصفُ البدَلِ، فيَرجِعُ بالنِّصف الآخرِ.

وعندَهما: إذا أدّى بدَلَ الكِتابةِ يَعتِقُ كلُّه، ويَغرَمُ الْمُكاتَبُ لشَريكه نِصفَ قِيمتِه إن كان مُوسِرًا، ويَسعى العبدُ في نِصف قِيمتِه إن كان مُعسِرًا، كما لو أعتَقه أحَدُهما بغَير عِوَضٍ.

وللسّاكِت أن يَأخُذَ من العَبد نِصفَ ما بَقِي في يَده من الأَكساب؛ لأنه كسبُ عبدٍ مُشترَكٍ.

ولو كاتَب أحَدُهما كلَّه أو حظَّه بألفٍ، والآخَرُ كلَّه أو حظَّه بمِائة دِينارٍ: تكاتَب لهما، وسَلِم لكلٍّ ما قَبَض.

ولو كاتَب أحَدُهما كلَّه أو حظَّه بألفٍ، ثم كاتَب الآخرُ كلَّه أو حظَّه بمِائة دِينارٍ: صار مُكاتَبًا لهما.

أما عندَه: فلأن الكِتابةَ تَتجزَّأُ، فنَفَذت كِتابةُ كلٍّ واحِدٍ في نَصيبه.

وأما عندَهما: فلأن الأوّلَ إذا كاتَب نَصيبَه صار مُكاتَبًا، وللآخَر حقُّ الفسخِ، فإذا كاتَبه كان فسخًا منه في نِصفه[1]، وأيُّهما قَبَض شيئًا من بَدَل نَصيبِه لا يُشارِكُه صاحِبُه في ذلك.

(١) في (ج): نصيبه.

ولا يَعتِقُ حظُّه إلا بأداء كلِّه، فإن أدّى معًا: فالوَلاءُ لهما، وإن قَدَّم أحَدَهما: صار كمُكاتَبهما حَرَّره أحَدُهما، وبعَجزه ضَمِن أو سَعى.

وتَعلَّق عِتقُ نَصيبِ كلِّ واحِدٍ منهما بجَميع بدَلِ الكِتابةِ الْمُسمّى في كِتابة نَصيبِه، فإن أدّى إليهما معًا: فالوَلاءُ لهما عندهَم، وإن قَدَّم أحَدَهما صار كمُكاتَبهما حَرَّره أحَدُهما فيَعتِقُ نِصفُه عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ويَبقى نَصيبُ صاحِبِه مُكاتَبًا.

ولا ضَمانَ ولا سِعايةَ إلا أن يَعجِزَ الْمُكاتَبُ، فيَضمَنُ القابِضُ نَصيبَ صاحِبِه إن كان مُوسِرًا، ويَسعى العبدُ في نِصف قِيمتِه إن كان مُعسِرًا.

وعندَهما: يَعتِقُ كلُّه..

ويَضمَنُ نَصيبَ صاحِبِه إن كان مُوسِرًا، ويَسعى الْمُكاتَبُ في نِصف قِيمتِه إن كان مُعسِرًا عندَ[1] أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ الأقلَّ من قِيمة نَصيبِه ومن بَدَل الكِتابةِ في اليَسار، وفي الإعسار سَعى في ذلك.

أمةٌ بينَهما كاتَباها، فوَطِئ أحَدُهما، فوَلَدت، فادَّعاه، فوَطِئ الآخَرُ، فوَلَدت، فادَّعاه، فعَجَزت: فهي أُمُّ وَلَدِ الأوَّلِ، وضَمِن نِصفَ قِيمتِها ونِصفَ عُقرِها، وشَريكُه عُقرَها وقِيمتَه، وهو ابنُه(س م)، وأيٌّ دَفَع العُقرَ إلى الْمُكاتَبة صحّ.

أمةٌ بينَ رَجُلَين كاتَباها، فوَطِئها أحَدُهما، فوَلَدت ولَدًا، فادَّعاه، فوَطِئها الآخَرُ، فوَلَدت ولَدًا، فادَّعاه، فعَجَزت: فهي أُمُّ ولَدٍ للأوَّل، وضَمِن نِصفَ قِيمتِها ونِصفَ عُقرِها للآخَر، وضَمِن شَريكُه كلَّ عُقرِها وقِيمةَ ولَدِها، ويَكونُ ابنَه، وأيُّهما دَفَع العُقرَ

(١) في (ب) و(د): ثم عند.

(٢) في (د) و(هـ): عند أبي يوسف ومحمد. وانظر «التبيين» ٥/ ١٦٦.

إلى الْمُكاتَبة صَحّ، وهذا قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: هي أُمُّ ولَدٍ للأوّل، وهي مُكاتَبةٌ كلُّها له، وعليه نِصفُ قِيمتِها لشَريكه عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليه الأقلُّ من نِصف القِيمةِ ومن نِصف ما بَقِي من بَدَل الكِتابةِ، ولا يَثبُتُ نسَبُ الولَدِ الآخَرِ من الآخَر، ولا يَكونُ الولَدُ له بالقِيمة، ويَغرَمُ العُقرَ لها.

وهذا الاختِلافُ مَبنيٌّ على الاختِلاف في تَجزُّؤ استِيلادِ الْمُكاتَبةِ، فعندَه: يَتجزَّأُ، وعندَهما: لا يَتجزَّأُ.

واستِيلادُ القِنّةِ لا يَتجزَّأُ إجماعًا، واستِيلادُ الْمُدبَّرةِ يَتجزَّأُ إجماعًا.

فإذا عَرَفنا هذا فنَقولُ: إذا ادَّعى أحَدُهما الولَدَ الأوّلَ صَحَّت دِعوتُه؛ لأنه استولَدها وله في نِصفها مِلكٌ، وهو يَكفي لصِحّة الاستِيلادِ، وصار نَصيبُه أُمَّ ولَدٍ له، ولم يَتملَّك نَصيبَ صاحِبِه، وبَقِي نَصيبُ الآخرِ مُكاتبًا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: يَتملَّكُ نَصيبَ صاحِبِه، وصار كلُّها أُمَّ ولَدِه؛ لأن تكميلَ الاستِيلادِ واجِبٌ ما أمكَن؛ ألا تَرى أنه لو استَولَد أمةً مُشتركةً تَصيرُ كلُّها أُمَّ ولَدٍ للمُستولِد؛ لإمكان التَّكميلِ(١)؛ لأنها قابِلةٌ للنَّقل، وقد أمكَن هنا؛ لأن الكِتابةَ تَحتمِلُ الفسخَ، والاستِيلادَ لا يَحتمِلُه، فرَجَّحنا الاستِيلادَ وكَمَّلناه، وفَسَخنا الكِتابةَ في حقِّ التَّملُّكِ، وهي لا تَتضرَّرُ به، والكِتابةُ تَنفسِخُ فيما لا يُتضرَّرُ به، وتَبقى الكِتابةُ فيما وراءَه.

بخِلاف ما لو استَولَد مُدبَّرةً مُشتركةً؛ فإنه لا يُكمَّلُ؛ وتَقتصِرُ الكِتابةُ على نَصيب الْمُستولِدِ؛ لأنه لا يُمكِنُ تَكميلُها؛ إذ التَّدبيرُ مانِعٌ للنَّقل من مِلكٍ إلى مِلكٍ.

---

(١) في (هـ): التمليك.

فإن قِيل: هلّا قُلتُم بفَسخ الكِتابةِ ضِمنًا لصِحّة البيعِ فيما إذا باع الْمُكاتَبَ، كما قُلتُم بانفِساخ الكِتابةِ ضِمنًا لصِحّة الاستِيلادِ.

قُلنا: في تَجويزه إبطالُ الكِتابةِ؛ إذ الْمُشتَري لا يَرضى ببَقائه مُكاتبًا، ويَتضرَّرُ هو بُطلانه، والكِتابةُ لا تَنفسِخُ فيما يَتضرَّرُ به الْمُكاتَبُ.

وله: أن الاستِيلادَ يَقبَلُ التَّجزُّؤَ إذا وَقَع في محَلٍّ لا يَقبَلُ النَّقلَ، كالْمُدبَّرة بينَ اثنَين إذا استَولَدَ أحَدُهما، فإنه يَتجزَّأُ، ويَقتصِرُ الاستِيلادُ على نَصيب الْمُستولِدِ، والكِتابةُ عقدٌ لازِمٌ، كالتَّدبير، فلا تَقبَلُ النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ، فيَقتصِرُ الاستِيلادُ على نَصيبه، كما في الْمُدبَّرة الْمُشتركةِ؛ إذ لو صار كلُّها أُمَّ ولَدٍ له لانتَقَل[1] الْمِلكُ إليه مع قِيامِ الكِتابةِ؛ إذ لا سَبيلَ إلى الفَسخ؛ لأنها عقدٌ لازِمٌ، والكِتابةُ مانِعةٌ للنَّقل، فإذا جاءت بولَدٍ آخرَ، وادَّعاه الآخرُ: فقد ادَّعى نسَبَ ولَدِ أمةٍ نِصفُها مِلكٌ له، فتَصِحُّ دِعوتُه، ويَثبُتُ نسَبُه منه.

فإذا عَجزَت الْمُكاتَبةُ بعدَ ذلك جُعِلت الكِتابةُ كأن لم تكن، وتَبيَّن أن الأمةَ كلَّها أُمُّ ولَدٍ للأوَّل؛ لأن الْمُقتضيَ لتكامُل الاستِيلادِ مَوجودٌ، والمانِعُ من التَّكامُل الكِتابةُ، فإذا انفَسَخت الكِتابةُ عَمِل الْمُقتَضي عمَلَه من وَقت وُجودِه، كالبَيع بشَرط الخِيارِ للبائِع إذا سَقَط الخِيارُ يَثبُتُ الْمِلكُ به من وَقت وُجودِه، فيَضمَنُ للآخَر نِصفَ قِيمتِها؛ لأنه يَملِكُ نَصيبَه؛ لتكامُل الاستِيلادِ، ونِصفَ عُقرِها؛ لوَطئه أمةً مُشتركةً، ويَضمَنُ شَريكه كلَّ عُقرِها وقِيمةَ الولَدِ.

والولَدُ الآخَرُ للآخَر، وهو حُرٌّ بالقِيمة؛ لأن الآخرَ بمَنزِلة الْمَغرورِ؛ لأنه وَطِئها على ظنٍّ أن نِصفَها على حُكم مِلكِه، وظَهَر بالعَجز وبُطلانِ[2] الكِتابةِ أنه[3] لا مِلكَ

(١) في (ب) و(هـ): لا ينقل، وفي (أ) و(د): غير منقوطة.

(٢) في (هـ): بطلان.

(٣) في سوى (أ) و(ج): لأنه.

له، وولَدُ الْمَغرورِ ثابِتُ النَّسَبِ منه حُرٌّ بالقِيمة، ولكنه وَطِئَ أُمَّ ولَدِ الغيرِ حقيقةً، فلَزِمه كلُّ العُقرِ.

وأيُّهما دَفَع العُقرَ إلى الْمُكاتَبة جاز؛ لأن العُقرَ حقُّها حالَ قِيامِ الكِتابةِ؛ لاختِصاصها بنَفسها، وإذا عَجَزت تُرَدُّ إلى الْمَولى؛ لأنه ظَهَر اختِصاصُه.

وهذا كلُّه قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: هي أُمُّ ولَدِ الأوَّلِ، ولا تَصِحُّ دِعوةُ الآخرِ، وعليه جَميعُ العُقرِ للأوَّل؛ لأنه لَمّا ادَّعى الأوَّلُ الولَدَ صار كلُّها أُمَّ ولَدِه؛ تكميلًا للاستِيلاد؛ لأنه مُمكِنٌ بفَسخ الكِتابةِ؛ لِما مَرّ.

وإذا صار كلُّها أُمَّ ولَدِه، فوَطِئ الثّاني.. صادَف[1] أُمَّ ولَدِ الغيرِ، فلا يَثبُتُ نسَبُ الولَدِ منه، ولا يَكونُ حُرًّا عليه بالقِيمة، ولَزِمه كلُّ العُقرِ؛ لأن الوطءَ لا يَخلو عن الضَّمان الجابِرِ أو الحدِّ الزّاجِرِ، وتَعذَّر إيجابُ الحدِّ؛ للشُّبهة، فيَجِبُ العُقرُ، وبَقِيت[2] الكِتابةُ عندَهما، وصار كلُّها مُكاتَبةً للمُستولِد بنِصف بدَلِ الكِتابةِ؛ لأن الكِتابةَ انفَسخت فيما لا تَتضرَّرُ به الْمُكاتَبةُ، ولا تَتضرَّرُ بسُقوط نِصفِ بدَلِ الكِتابةِ.

والجُمهورُ على أنها مُكاتَبةٌ له بكلِّ بدَلِ الكِتابةِ؛ لأن الانفِساخَ ضَروريٌّ، فلم يَظهَر فيما وراءَ الضَّرورةِ[3]، وهو حُكمُ[4] التَّملُّكِ، فبَقِي العقدُ الأوَّلُ كما كان، والْمُكاتَبةُ هي التي تُعطى العُقرَ؛ لاختِصاصها بنَفسها وأبدالِ مَنافِعِها.

ولو عَجَزت ورُدَّت في الرِّقّ: تُرَدُّ إلى الْمَولى؛ لظُهور اختِصاصِه.

---

(١) في (هـ): صارت.

(٢) في (هـ): وتثبت.

(٣) في (أ) و(ج): فيما وراء حكم الضرورة. وانظر «التبيين» ٥/ ١٦٨.

(٤) سقطت من (أ).

ثم قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ الأوَّلُ لشَريكه نِصفَ قِيمتِها مُكاتَبةً؛ لأنه يَملِكُ[1] نَصيبَ شَريكِه من الْمُكاتَبة[2]، فيَضمَنُ قِيمتَه مُكاتَبًا، مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ التَّملُّكِ، فلا يَختلِفُ باليَسار[3] والإعسارِ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ الأقَلَّ من نِصف قِيمتِها ومن نِصف ما بَقِي من بَدَل الكِتابةِ؛ لأن حقَّ الشَّريكِ إما في نِصف القِيمةِ على اعتِبار العجزِ عن الأداء، أو في نِصف بدَلِ الكِتابةِ على اعتِبار الأداءِ، والأقلُّ مُتيقَّنٌ، فيَجِبُ الأقلُّ.

وإن دَبَّر الثّانِي، ولم يَطَأ، فعَجَزت: بَطَل، وهي أُمُّ وَلَدِ الأوَّلِ، وضَمِن نِصفَ قِيمتِها ونِصفَ عُقرِها، والوَلَدُ للأوَّل.

وإن لم يَطَأها الثّانِي، ولكن دَبَّرها، فعَجَزت: بَطَل التَّدبيرُ عندَهم[4].

أما عندَهما: فلأن الْمُستولِدَ تَملَّكها قبلَ العجزِ.

وأما عندَه: فلأنه بالعَجز ظَهَر أن كلَّها أُمُّ ولَدٍ للأوَّل، وأنه لم يكن له[5] فيها مِلكٌ؛ لِما مَرّ، والْمِلكُ شرطٌ لِصِحّة التَّدبيرِ، بخِلاف ثُبوتِ النَّسَبِ؛ لأن الْمِلكَ من حيث الظّاهرُ كافٍ لثُبوت النَّسَبِ واستِحقاقِ الولَدِ بالغُرور.

فأما التَّدبيرُ: فلا يَثبُتُ بالشُّبُهات، ولهذا لو اشتَرى أمةً، فدَبَّرها، فاستُحِقَّت: بَطَل التَّدبيرُ، ولو استَولَدها، فاستُحِقَّت: لم يَبطُل النَّسَبُ، وكان الولَدُ حُرًّا بقِيمته، فكذا هنا.

(١) في (ج): تملك.

(٢) في (هـ): الكتابة.

(٣) في (هـ): باختلاف اليسار.

(٤) أي بالإجماع، كما في «التبيين» ٥/ ١٦٨، وفي (هـ): عنده ثم.

(٥) مثبتة من (أ) و(ج).

وهي أُمُّ ولَدٍ للأوَّل؛ لأنه تملَّك نَصيبَ شريكِه، وكَمَّل الاستيلادَ؛ لإمكان التَّكميلِ، وضَمِن لشَريكه نِصفَ قِيمتِها؛ لأنه تملَّك نِصفَها بالاستيلاد، ونِصفَ عُقرِها؛ لوَطئه أمةً مُشتركةً بينَهما.

والولَدُ للأوَّل؛ لصِحّة دِعوتِه على ما مَرّ، وهذا قولُهم.

وإن دَبَّر الأوَّلُ، أو أولَد، أو حَرَّر: صحَّ(س م) في حظِّه، وحظُّ الآخرِ مُكاتَبٌ، ولا ضَمانَ، ولا سِعايةَ، وإن عَجزت: ضَمِن نِصفَ قِيمتَها، ورَجَع عليها.

وإن دَبَّرها الأوَّلُ، أو استولَدها، أو أعتقَها: صَحَّ في حظِّه، أي صار نَصيبُه مُدبَّرًا، أو أُمَّ ولَدٍ، أو مُعتَقًا، ونَصيبُ السّاكتِ مُكاتَبٌ على حاله عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

أما في الأوَّل والثّاني: فلأن التَّدبيرَ عندَه يَتجزَّأُ، وكذا استيلادُ الْمُكاتَبةِ عندَه؛ لِما مَرَّ أن الكِتابةَ مانِعةٌ من التَّكميل، فيَتجزَّأُ الاستيلادُ ضَرورةً، ولا ضَمانَ ولا سِعايةَ؛ لأن نَصيبَ السّاكتِ لم يَتغيَّر.

وعندَهما: صار كلُّها مُدبَّرةً أو أُمَّ ولَدٍ للمُدبِّر أو الْمُستولِدِ؛ لعَدَم التَّجزُّؤِ، ويَضمَنُ نَصيبَ الشَّريكِ مُوسِرًا أو مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ تَملُّكٍ.

وأما في الثّالث: فلأن الإعتاقَ عندَه يَتجزَّأُ، فبَقِي نَصيبُ الآخرِ مُكاتَبًا، ولا ضَمانَ ولا سِعايةَ إن مَضَت على الكِتابة؛ لأن نَصيبَ السّاكتِ لم يَتغيَّر عما كان عليه، وبَقِي مُكاتَبًا كما كان، فلم يُتلِف الْمُعتِقُ شيئًا عليه، فلا يَضمَنُ.

وعندَهما: لَمّا كان لا يَتجزَّأُ يَعتِقُ(1) الكلُّ، فله أن يُضمِّنَه إن كان مُوسِرًا، ويَستسعيَ إن كان مُعسِرًا؛ لأن ضَمانَ الإعتاقِ يَختلِفُ باليَسار والإعسارِ.

---

(1) في (أ): عتق.

لكن عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ نِصفَ[1] قِيمتِها، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ الأقلَّ من نِصف القِيمةِ ومن نِصف بدَلِ الكِتابةِ.

ثم اختلَفوا على قَول أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

فقال بعضُهم: يَجِبُ نِصفُ قِيمتِها قِنّةً[2]؛ لأن الكِتابةَ انفَسَخت في نَصيبه سابِقًا على العِتق ضَرورةَ تكميلِ العِتقِ من جِهة الْمُعتِقِ.

وقال بعضُهم: يَضمَنُ نِصفَ قِيمتِها مُكاتَبةً، وهو الصَّحيحُ؛ لأن سبَبَ الضَّمانِ الإعتاقُ، والإعتاقُ صادَف الْمُكاتَبةَ، وإتلافُ الْمُكاتَبِ لا يُوجِبُ قِيمةَ القِنِّ.

وإن عَجَزت: ضَمِن الْمُعتِقُ لشَريكه نِصفَ قِيمتِها، ويَرجِعُ بذلك عليها عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها لَمّا عَجزت ورُدَّت في الرِّقِّ صارت كأنها لم تزَل قِنّةً[3]، فصار الْمُعتِقُ مُتلِفًا نَصيبَ الشَّريكِ بالإعتاق السّابقِ، فيَصيرُ حُكمُه كحُكم عبدٍ بينَ اثنَين أعتَقه أحَدُهما، فعندَه: إن كان مُعسِرًا له خِيارُ الإعتاقِ والاستِسعاءُ، وإن كان مُوسِرًا له أن يُعتِقَ نَصيبَه، أو يَستسعيَ، أو يُضمِّنَ شَريكَه، ورَجَع به الشَّريكُ على العَبد.

وقالا: إن كان مُوسِرًا ضَمَّن ولم يَرجع، وإن كان مُعسِرًا استَسعى، وقد مَرَّ تَقريرُه في العَتاق.

عبدٌ لهما، حَرَّره أحَدُهما، ثم دَبَّره الآخَرُ: لا يَضمَنُ الْمُعتِقُ(س م)، بخِلاف عكسِه، ولو معًا: ضَمِن الْمُعتِقُ للمُدبِّر نِصفَه قِنًّا.

عبدٌ بينَ رَجُلَين حَرَّره أحَدُهما، ثم دَبَّره الآخَرُ: لم يكن للمُدبِّر أن يُضمِّنَ الْمُعتِقَ

---

(١) سقطت من (هـ).

(٢) في (ب): قيه، وفي (هـ): ثمة، وفي (أ) و(د): غير منقوطة.

(٣) في (ب) و(د): قيه.

نَصيبَه[1]، ولكنه إن شاء أعتَق، وإن شاء استَسعى.

وإن دَبَّره أحَدُهما، ثم أعتقه الآخرُ، وهو مُوسِرٌ: فللمُدبِّر أن يُضمِّنَ الْمُعتِقَ قِيمةَ نَصيبِه مُدبَّرًا، وإن شاء أعتَق، وإن شاء استَسعى، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وأصلُه: أن التَّدبيرَ والإعتاقَ يَتجزَّآن عندَه، فإذا أعتقه أحَدُهما أوَّلًا بَقِي نَصيبُ الْمُدبِّرِ على مِلكه، ووَجَب له حقُّ التَّضمينِ أو الإعتاقُ أو الاستِسعاءُ، ولكن حقُّ التَّضمينِ لم يَجِب إلا بصِفة التَّمليكِ والْمُعاوَضةِ، فإذا دَبَّر نَصيبَه فقد اختَار الاستِسعاءَ[2] على مِلكه عادةً وحُكمًا، فلم يَبقَ له وِلايةُ التَّضمينِ؛ لأنه لو ضَمَّنه لصار ذلك ضَمانَ جِنايةٍ خالِصةٍ، فيَصيرُ تَغييرًا للمَشروع، فبَقِي له خِيارُ الإعتاقِ والاستِسعاءِ؛ لأنهما لا يُنافِيان التَّدبيرَ.

وعندَهما: لَمّا أعتَق أحَدُهما نَصيبَه أوَّلًا عتَق كلُّه؛ لأنه لا يَتجزَّأُ، وبَطَل تَدبيرُ الآخرِ؛ لأنه صادَف الحُرَّ، ويَضمَنُ نِصفَ قِيمتِه إن كان مُوسِرًا، ويَسعى العبدُ في ذلك إن كان مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ الإعتاقِ، فيَختلِفُ باليَسار والإعسارِ.

وإذا دَبَّره أحَدُهما أوَّلًا: اقتَصَر على نَصيبه، وبَقِي نَصيبُ صاحِبه على مِلكه، فإذا أعتَق صَحَّ إعتاقُه، وفَسَد به نَصيبُ الْمُدبِّرِ، وبَقِي على مِلكه، فإن شاء أعتَق، وإن شاء ضَمَّن، وإن شاء استَسعى، كالذي لم يُدبِّر، إلا أنه يُعتبَرُ في التَّضمين والسِّعايةِ قِيمتُه مُدبَّرًا؛ لأن الإعتاقَ صادَف الْمُدبِّرَ، وقِيمةُ الْمُدبِّرِ تُعرَفُ بالرُّجوع إلى تَقويم الْمُقوِّمين عندَ البعضِ، وقد بيَّنّا الْمُختارَ في كِتاب العَتاقِ.

وإذا ضَمَّنه لا يَتملَّكُه بالضَّمان؛ لأنه لا يَقبَلُ الانتِقالَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ، كما

---

(١) مثبتة من (ج).

(٢) في (أ): الاستيفاء.

لو غَصَبَ مُدبَّرًا وأبَق، فإنه يَضمَنُ، ولا يَتملَّكُه، وهذا الإعتاقُ لم يُوجِب الضَّمانَ إلا بصِفة العُدوانِ؛ لتَقدُّم التَّدبيرِ المانِعِ من نَقل الْمِلكِ، فلم يكن في اختِيار التَّضمينِ تَبديلُ حُكمِ الشَّرعِ هنا، فافترَقا.

وعندَهما: إذا دَبَّره أحَدُهما أوَّلًا صار كلُّه مُدبَّرًا، ومَلَك نَصيبَ صاحِبِه؛ لأنه لا يَتجزَّأُ، وبَطَل تَحريرُ الآخرِ؛ لأنه صادَف مَملوكَ الغيرِ، ويَضمَنُ قِيمتَه[1] مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ تَملُّكٍ، فلا يَختلِفُ باليَسار والإعسارِ، ويَضمَنُ قِيمتَه[2] قِنًّا؛ لأن التَّدبيرَ صادَفه وهو قِنٌّ.

عبدٌ وابنُه لهما، كاتَبهما أحَدُهما واحِدةً بلا إذنٍ، فمات الأبُ عن مالٍ، وكَسَب الوَلَدُ بعدَه، أو قُطِعت يدُه: فللسّاكِت نِصفُ التَّركةِ والأَرْشِ والكَسبِ، وللمُكاتَب كِتابتُه، وعَتَق حظُّه منهما، وضَمِن، أو سَعى.

عبدٌ وابنُه بينَ شَريكَين، كاتَبهما أحَدُهما كِتابةً واحِدةً بغَير إذنِ شَريكِه، فمات الأبُ وتَرَك مالًا، واكتَسَب الولَدُ أكسابًا بعدَ موتِه، أو قُطِعت يدُه: فللسّاكِت نِصفُ ما تَرَك الميْتُ، ونِصفُ أَرْشِ الولَدِ، ونصفُ كسبِه؛ لأنه كسبُ عبدِه[3]؛ لأن نَصيبَه منهما بَقِي عبدًا له عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ثم الْمَولى الْمُكاتِبُ يَأخُذُ بدَلَ الكِتابةِ من الباقِي، وعَتَق نَصيبُه منهما، ويَضمَنُ نَصيبَ السّاكتِ منهما إن كان مُوسِرًا، وتَجِبُ السِّعايةُ إن كان مُعسِرًا.

وسِعايةُ الأبِ في تَرِكته، ولا يَرِثُ منه ابنُه.

---

(١) في (أ) و(ج): نصف قيمته.

(٢) في (ج): نصف قيمته.

(٣) في (هـ): عنده، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

ولا يَنقُضُ السّاكتُ الكِتابةَ بعدَ مَوتِه.

وسِعايةُ الأبِ تُؤخَذُ من تَرِكته؛ لأنه عاجِزٌ عن السِّعاية، ولا يَرِثُ الابنُ أَباه؛ لأن نِصفَه عبدٌ للسّاكِت.

ولا يَملِكُ السّاكتُ نقْضَ الكِتابةِ بعدَ موتِ الأبِ؛ لأن بَقاءَ الكِتابةِ بعدَ موتِ الْمُكاتَبِ لضَرورة حُصولِ العِتقِ، فلا يَظهَرُ في حقِّ النَّقضِ[1] مَقصودًا.

(١) في (هـ): البعض.

باب عجز المكاتب وموته وموت المولى

مُكاتَبٌ عَجَز عن نجمٍ، وله مالٌ سيَصِلُ: لم يُعجِّز الحاكِمُ إلى ثَلاثة أيَّامٍ، وإلا عَجَّزه(س)، وفَسَخها، أو سَيِّدُه بِرضاه، وعاد أحكامُ الرِّقِّ، وما في يَده لسَيِّده.

مُكاتَبٌ عَجَز عن نجمٍ.. فإن كان له دَينٌ يَقبِضُه، أو مالٌ يَقدَمُ عليه: لم يُعجِّل الحاكِمُ بتَعجيزه، وانتَظَر عليه يَومَين وثَلاثةً، فإن لم يكن له وجهٌ، وطَلَب الْمَولى تَعجيزَه: عَجَّزه وفَسَخ الكِتابةَ، أو سَيِّدُه بِرضاه.

وأصلُه: أن السُّنَّةَ في الكِتابة التَّأجيلُ والتَّنجيمُ والتَّيسيرُ[1]، فإن حَلَّ نجمٌ فلم يُؤَدِّ حِصَّتَه: كان للمَولى حقُّ الفسخِ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، إلا أن يَكونَ له مالٌ حاضِرٌ، أو غائِبٌ يُرجى قُدومُه، فيُؤَخَّرُ يومًا أو يَومَين أو ثَلاثةً، لا يُزادُ عليه.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يُفسَخُ، ولا يُرَدُّ في الرِّقِّ حتى يَتوالى عليه نَجمان؛ لقَول عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: إذا تَوالى على الْمُكاتَب نَجمان رُدَّ في الرِّق[2]. عَلَّقه بالشَّرط، والْمُعلَّقُ بالشَّرط عدَمٌ قبلَ وُجودِ الشَّرطِ، وهذا أمرٌ لا يُعرَفُ قِياسًا، فصار الْمَرويُّ عنه كالْمَرويِّ عن النَّبيِّ عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ.

---

(١) يعلم هذا من جملة ما ورد في هذا الكتاب من الآيات والأحاديث والآثار في أحكام الكتابة، وغير ذلك مما لم يرد هنا.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢١٤١٣) ثم البيهقي (٢١٧٦٠) عن الحارث عن علي قال: إذا تتابع على المكاتب نجمان، فدخل في السنة فلم يؤد نجومه: رد في الرق.

ولأن الفسخَ للعَجز، ولا يَتحقَّقُ العجزُ إلا بتَوالي نَجمَين، فلا يَثبُتُ حقُّ الفسخِ قبلَ ثُبوتِ دَليلِه؛ وهذا لأنه لَمّا مَضى نجمٌ صار حالًّا، والعجزُ عن البَدَل الحالِّ لا يُوجِبُ الفسخَ، ولا يَتحقَّقُ العجزُ إلا بعدَ مُضِيِّ مُدّةِ الإمهالِ وإبلاءِ العُذرِ، وأحقُّ الآجالِ ما أجمَع عليه العاقِدان، فإذا مَضى النَّجمُ الثّاني تَحقَّق العجزُ، فوَجَب الفسخُ.

ولنا: ما رُوِي عن ابن عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا: أن مُكاتَبًا له عَجز عن نجمٍ، فرَدَّه في الرِّقِّ[1].

وليس في حَديث عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ أنه إذا كَسَر نجمًا ما حُكمُه، فهو مَسكوتٌ عنه على ما عُرِف من مَذهَبنا.

ولأن الْمَقصودَ بالعَقد في جانِب الْمَولى تَعيُّنُ الْمُسمّى عندَ انقِضاءِ النَّجمِ الأوَّلِ، وإنه قد فات، فوَجَب تَخييرُه[2]، كما لو تَوالى عليه نَجمان؛ وهذا لأن الكِتابةَ قابِلةٌ للفَسخ، والإخلالُ بالنَّجم الواحِدِ إخلالٌ بما هو غرَضُ الْمَولى من الكِتابة، فوَجَب له حقُّ الفسخِ دفعًا للضَّرَر عنه، كفَوات وصفِ السَّلامةِ في الْمَبيع.

ولأنه لَمّا مَضى النَّجمُ صار كأنه كاتَب على ذلك القَدْرِ حالًّا، ولو كان كذلك لقِيل له: (إما أن تُعجِّلَ، وإما أن تُرَدَّ في الرِّقِّ)، ولم يُؤجَّل، إلا أن يَكونَ له مالٌ حاضِرٌ أو غائِبٌ يُرجى قُدومُه، ولم يَزِد في التَّأخير على ثَلاثة أيّامٍ كذا هنا.

وأما التَّأخيرُ إلى ثَلاثة أيّامٍ: فلأنه إمضاءٌ لِمُوجَب العقدِ؛ لأن الأداءَ إنما يَتوجَّهُ بعدَ انقِضاءِ مُدّةِ النَّجمِ، ولا بُدَّ للأداء من زَمانٍ، فاستَحسنّا هذا القَدْرَ على أن يَكونَ من باب التَّعجيلِ دونَ التَّأخيرِ؛ نظَرًا لهما وإبلاءً للعُذرِ؛ إذ هي مُدّةٌ ضُرِبت لإبلاء الأعذارِ، كما

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٦٤: غريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢١٤١٥) ... أن ابن عمر كاتب غلامًا له على ألف دينار، فأداها إلا مائة: فرده في الرق. انتهى.

(٢) في (أ) و(ب): تخيره، وفي (ج): تعجيزه.

في قِصّة الأخيارِ(١)، وشرطِ الخِيارِ، وإمهالِ الْمُرتدِّ، وإمهالِ الْمُدَّعى عليه للدَّفع، أي إذا تَوجَّه عليه الحُكمُ، وادَّعى الدَّفعَ ببيِّنةٍ حاضِرةٍ فإنه يُمهَلُ ثلاثةَ أيامٍ، وإمهالِ الْمَديونِ للقَضاء، فإنه إذا أقَرَّ بدَينٍ، وسَأل أن يُمهِلَه ثلاثةَ أيامٍ ليُحضِرَ المالَ، أو ليَبيعَ عَينًا في مُدّةٍ أَجابه إلى ذلك ولم يكن بذلك مُمتنِعًا عن أدائه، ولم يَحبِسه به.

فإن أخَلّ(٢) الْمُكاتَبُ بنجمٍ، فرَدَّه مَولاه عندَ غيرِ سُلطانٍ برِضاه: فهو جائزٌ؛ لأن الكِتابةَ تَحتمِلُ الفسخَ بالتَّراضِي بلا عُذرٍ، فعندَ العُذرِ أَولى، وإن لم يَرضَ به العبدُ فلا بُدَّ من القَضاء بالفَسخ؛ لأنه عقدٌ لازِمٌ تامٌّ، فلا بُدَّ من القَضاء أو الرِّضاءِ، كالرَّدِّ بالعَيب بعدَ القبضِ.

وفي بَعض الرِّواياتِ: يَنفرِدُ الْمَولى بالفَسخ، ولا يُشترَطُ رِضاه، كما إذا وَجَد الْمُشتَري عَيبًا قبلَ القبضِ، فإنه يَنفرِدُ الْمُشتَري بالفَسخ.

وإذا عَجَز الْمُكاتَبُ عاد إلى أَحكام الرِّقِّ؛ لأن الكِتابةَ قد انفَسَخت، وما في يَده من الأَكساب لسَيِّده؛ لأنه ظَهَر أنه كسبُ عبدِه(٣).

وإن مات وله مالٌ: لم تُفسَخ(ف)، وتُؤدّى كِتابتُه، وحُكِم بعِتقه في آخِر حَياتِه.

وإن مات الْمُكاتَبُ وله مالٌ: لم تَنفسِخ الكِتابةُ، وقُضِي ما عليه من ماله، وحُكِم بعِتقه في آخِر جُزءٍ من أَجزاء حَياتِه، وما بَقِي فهو مِيراثٌ لورَثته، ويَعتِقُ أولادُه، وهو قولُ عليٍّ وابنِ مَسعودٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُما(٤)، وبه أخذ عُلماؤُنا رَحِمَهُمُ اللهُ.

---

(١) في (هـ): قضية الاختيار. وهي قصة موسى والخضر عَلَيهِمَا السَّلَامُ، وقد تقدم الكلام عنها.

(٢) كذا في (ج)، وفي (أ): أحل، وفي (هـ): أجل، وفي (ب) و(د) أخذ.

(٣) في (هـ): كسبه عنده.

(٤) روى البيهقي (٢١٦٤٣) عن الشعبي عن زيد بن ثابت قال: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.=

وقال زيدُ بنُ ثابتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: تَنفسِخُ الكِتابةُ بمَوته، ويَموتُ عبدًا، وما تَرَك فلمَولاه[1]، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

له: أن العقدَ لو بَقِي لبَقِي ليَحصُلَ العِتقُ بالأَداء، وقد تَعذَّر إثباتُه، فيَبطُلُ؛ وهذا لأنه لا يَخلو إما أن يَثبُتَ العِتقُ قبلَ الموتِ أو بعدَه مُقتصِرًا أو مُستنِدًا، لا وجهَ إلى الأوَّل؛ لعَدَم شرطِه، وهو الأداءُ، والشَّيءُ لا يَسبِقُ شرْطَه، ولا إلى الثّانِي؛ لأن الميْتَ ليس بمحَلٍّ لثُبوت العِتقِ؛ لِما فيه من إِحداث قُوّةِ المالِكيّةِ، وذا لا يُتصوَّرُ في الميْت، ولا إلى الثّالِث؛ لأنه لَمّا تَعذَّر إثباتُه في الحال تَعذَّر إسنادُه ضَرورةً؛ لأن الشَّيءَ يَثبُتُ ثم يَستنِدُ، ولأن في إِسناده إلى حال حَياتِه إثباتُ العِتقِ قبلَ وُجودِ شرطِه، وهو الأداءُ.

وهذا بخِلاف ما إذا مات الْمَولى؛ فإنه يَبقى العقدُ بعدَ موتِه، ويَعتِقُ بالأَداء إلى وَرَثته، وصار الْمَولى مُعتِقًا له؛ لأن الميْتَ يَجوزُ أن يَكونَ مُعتِقًا، ولا يَجوزُ أن يَكونَ مُعتَقًا؛ ألا تَرى أنه لو قال لعَبده: (أنت حُرٌّ بعدَ مَوتي) كان صَحيحًا، ولو قال: (بعدَ

= فقال له -يعني الشعبي-: إن شريحًا كان يقضي فيها أن يؤدى إلى مواليه -يعني إذا مات المكاتب- ما بقي عليه من مكاتبته، وما بقي فلورثته! فقال: شريح يقضي فيها بقضاء عبد الله.

ورواه أيضًا (٢١٦٨٣) فقال: عن الشعبي قال: كان زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، لا يرث ولا يورث. وكان علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: إذا مات المكاتب وترك مالًا قسم ما ترك على ما أدى وعلى ما بقي، فما أصاب ما أدى فللورثة، وما أصاب ما بقي فلمواليه. وكان عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: يؤدى إلى مواليه ما بقي عليه من مكاتبته، ولورثته ما بقي.

(١) روى البيهقي (٢١٦٨١) عن ابن طاووس عن أبيه: أنه كان يقول: يُقضى عنه ما عليه، ثم لبنيه ما بقي. وقال عمرو بن دينار: ما أراه لبنيه. قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: يعني أنه لسيده والله أعلم، وبقول عمرو بن دينار هذا نقول، وهو قول زيد بن ثابت.

وروى (٢١٦٨٣) عن الشعبي قال: كان زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، لا يرث ولا يورث.

موتِك) كان لغوًا.

ولنا: أنها عقدُ مُعاوَضةٍ لا يَنفسِخُ بمَوت أحدِ الْمُتعاقِدَين، وهو الْمَولى، فلا يَنفسِخُ بمَوت الآخرِ، وهو العبدُ، كالبَيع.

وهذا لأن قضِيّةَ الْمُعاوَضةِ الْمُساواةُ بينَ العاقِدَين، فإذا جاز إبقاءُ العقدِ بعدَ موتِ الْمَولى لحَاجته إليه ليَصِلَ إلى مَقصوده، وهو الوَلاءُ.. فكذا يَجوزُ إبقاءُ العقدِ بعدَ موتِ الْمُكاتَبِ لحَاجته إليه ليَصِلَ إلى مَقصوده، وهو شرَفُ الحُرِّيّةِ، بل أَولى؛ لأن الذي استَحقَّ الْمَولى قِبَلَه ليس بلازِمٍ، حتى لو عَجَّز نفسَه عن أَداء البدَلِ يَبطُلُ، والذي استَحقَّ الْمُكاتَبُ قِبَلَ الْمَولى لازِمٌ، حتى لو أَراد أن يُبطِلَه ليس له ذلك، فإذا لم يَبطُل حقُّه بمَوته فحقُّ الْمُكاتَب -وإنه أَلزمُ- أَولى أن لا يَبطُلَ.

ولأن الموتَ أَنفى[1] للمالِكيّة منه للمَملوكيّة؛ لأن الْمَملوكيّةَ عِبارةٌ عن الْمَقدوريّة والْمَقهوريّةِ، والمالِكيّةُ عِبارةٌ عن القادِريّة والقاهِريّةِ، ولهذا يُوصَفُ الجَمادُ بكَونه مَملوكًا، ولا يُوصَفُ بكَونه مالِكًا، والموتُ أَنفى[2] للقادِريّة والقاهِريّةِ منه للمَقدوريّة والْمَقهوريّةِ، فإذا جاز إبقاءُ العقدِ مع أَقوى الْمُنافِيَين لأَدنى الحاجتَين.. فلأَن يَبقى العقدُ مع أَدنى الْمُنافِيَين لأَعلى الحاجتَين أَولى وأَحرى.

وأما ما ذُكِر من التَّرديد فنَقولُ: إنه يَعتِقُ بعدَ الموتِ عندَ البعضِ، بأن يُقدَّرَ حيًّا قابِلًا للعِتق كما قُدِّر الْمَولى حيًّا ومالِكًا ومُعتِقًا في فَصل موتِ الْمَولى، ولهذا قَدَّرنا الميِّتَ بعدَ موتِه حيًّا ومالِكًا لأَموالِه فيما يَحتاجُ[3] إلى قَضاء دَينه وتَنفيذِ وصِيّته.

---

(١) في (هـ): أبقى، وفي سوى (ج) غير منقوطة.

(٢) في (هـ): أبقى.

(٣) في سوى (أ) و(ج): فيما لا يحتاج.

والجُمهورُ على أنه يَعتِقُ في آخِر جُزءٍ من أَجزاء حَياتِه؛ إما لأن سببَ الأداءِ مَوجودٌ قبلَ الموتِ، فيَستنِدُ الأداءُ إليه، ويُجعَلُ أداءُ خَلَفِه كأدائه بنفسه..

فإن قِيل[1]: الأداءُ فِعلٌ حِسِّيٌّ، والإسنادُ إنما يَكونُ في التَّصرُّفات الشَّرعيّةِ.

قُلنا: نعم، ولكن فِعلُ النّائبِ مُضافٌ إلى الْمَنوب، وهذه الإضافةُ شَرعيّةٌ؛ ألا تَرى أن من رَمى صيدًا فمات قبلَ أن يُصيبَ، ثم أَصاب: صار مِلكًا له، ووُرِث عنه، والميْتُ ليس بأهلٍ للمِلك، ولكن لَمّا صَحَّ السَّببُ والْمِلكُ يَجِبُ بعدَ تَمامِ السَّببِ، وتَمامُه بالإصابة، وهو ليس بأهلٍ له.. ثَبَت الْمِلكُ له من حِين الإمكانِ، وهو آخِرُ جُزءٍ من أَجزاء حَياتِه.

فكذا هنا لَمّا كان السَّببُ مُنعقِدًا، وهو عقدُ الكِتابةِ، والعِتقُ مَوقوفٌ على الأَداء، والأداءُ جائزٌ بعدَ الموتِ، والحُكمُ -وهو وُقوعُ العِتقِ- مما يُمكِنُ إثباتُه من حين الموتِ، كالْمِلك ثَمَّ.. حَكَمنا بعِتقه في آخِر جُزءٍ من أَجزاء حَياتِه..

وإما[2] بأن يُقامَ التَّركُ الْمَوجودُ منه في آخِر جُزءٍ من أَجزاء حَياتِه مُقامَ التَّخليةِ بينَ المالِ وبينَ الْمَولى، وهو الأداءُ الْمُستحَقُّ عليه.

وإن تَرَك وَلَدًا وُلِد في كِتابته لا وَفاءَ: سَعى، كأَبيه، فإن أدّى حُكِم بعِتقه وعِتقِ أَبيه[3] قبلَ مَوته.

وإن تَرَك ولَدًا وُلِد في كِتابته، ولم يَترُك وَفاءً -أي مالًا يَفي ببَدَل الكِتابةِ-: سَعى في كِتابة أَبيه على نُجومه، فإذا أدّى حُكِم بعِتق أَبيه قبلَ موتِه، وعَتَق الولَدُ؛ لأن الولَدَ دَخل

(١) في (أ) و(ب): فإن قال.

(٢) هذا التعليل الثاني لقول الجمهور بأنه يَعتِقُ في آخِر جُزءٍ من أَجزاء حَياتِه.

(٣) في (ن): ابنه.

في كِتابته، وكسبُه ككَسبه، ويَخلُفُه في الأداء، وصار أداؤه كأداء أبيه، وجُعِل كأنه مات عن وَفاءٍ.

ولو كاتَب أمةً بالخِيار، فوَلَدت، وهَلَكت: بَقِي خِيارُه(م).

ولو كاتَب أمتَه على أنه بالخِيار ثَلاثًا، فوَلَدت في مُدّة الخِيارِ وماتت، وبَقِي الولَدُ: بَقِي خِيارُه وعقدُ الكِتابةِ عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وله أن يُجيزَها.

وإذا أَجاز: سَعى الولَدُ على نُجوم أُمِّه، وإذا أدّى: عَتقت الأُمُّ في آخِر أجزاءِ حَياتِها، وعَتَق ولَدُها، وهذا استِحسانٌ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: تَبطُلُ الكِتابةُ، ولا تَصِحُّ إجازةُ الْمَولى، وهو القِياسُ؛ لأن الولَدَ إنما يَقومُ مَقامَها إذا كان ولَدَ الْمُكاتَبةِ، وهو لم يَصِر ولَدَ الْمُكاتَبةِ بعدُ.

ولهما: أن في إِبقاء العقدِ فائِدةً، بأن يُجيزَه الْمَولى، ويَقومَ الولَدُ مَقامَها، فيَبقى، ويَنفُذُ العقدُ[1] في حقِّ الأُمِّ بنَفاذه في حقِّ الولَدِ، ثم يَستَنِدُ إلى وَقت الانعِقادِ.

ولو مُشترًى عَجَّل(س م)، وإلا رَقّ.

وإن تَرَك ولَدًا مُشترًى قِيل له: (إما أن تُؤدِّيَ بدَلَ الكِتابةِ حالًّا، وإلا رُدِدتَ في الرِّق).. عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ.

وعندَهما: يُؤدِّيه على نُجومه؛ لأنه تكاتَب عليه، فيَسعى على نُجومه، كالوَلَد الْمَولودِ في الكِتابة؛ وهذا لأنه صار بمَنزِلته، حتى مَلَك الْمَولى إعتاقَه كإِعتاق الْمُكاتَبِ.

بخِلاف سائرِ أكسابِ الْمُكاتَبِ؛ فإنه لا يَملِكُ إعتاقَه.

وله: أن الأجَلَ يَثبُتُ شرطًا في العَقد، فيَثبُتُ في حقِّ من دَخَل تحتَ العقدِ،

(١) في (هـ): العتق.

والْمُشتَرَى لم يَدخُل تحتَ العقدِ؛ لأنه لم يُضِف إليه العقدَ، ولم يَسْرِ حُكمُه إليه؛ لكَونه مُنفصِلًا وقتَ الكِتابةِ عنه، وكان يَنبَغي أن يُباعَ بعدَ موتِه؛ لفَوات الْمَتبوعِ، ولكن إذا عَجَّل صار كأنه مات عن وَفاءٍ، بخِلاف الولَدِ الْمَولودِ في الكِتابة؛ لأنه سَرى إليه حُكمُه؛ لكَونه مُتَّصِلًا به وقتَ الكِتابةِ؛ لأنه ماؤُه، فيَدخُلُ في حُكمه، ويَسعى على نُجومه.

مُكاتَبٌ اشتَرى ابنَه، ثم مات وتَرَكَ وَفاءً: وَرِثه ابنُه؛ لأنه لَمّا أدّى بدَلَ الكِتابةِ حُكِم بعِتق الْمُكاتَبِ في آخِر أجزاءِ حَياتِه، فيُحكَمُ بعِتق ابنِه في ذلك الوقتِ؛ لأنه تابعٌ له، فهو حُرٌّ مات عن ابنٍ حُرٍّ، فيَرِثُه.

وكذا لو كان هو وابنُه مُكاتَبَين كِتابةً واحِدةً؛ لأنهما صارا كشخصٍ واحِدٍ، فإذا حُكِم بعِتق أحَدِهما في وقتٍ حُكِم بعِتق الآخرِ في ذلك الوقتِ، فظَهَر أنه مات عن ولَدٍ حُرٍّ، فوَرِثه.

ولو تَرَكَ مالًا، ووَلَدًا حُرًّا، ووَلَدًا كُوتِب معه، أو وُلِد في كِتابته، ووَصِيًّا: يُؤدِّي كِتابتَه، ووَرِثه أولادُه، وباع العَرْضَ، لا العَقارَ والنَّقدَ، ولا يَرِثُ الوَلَدُ الْمَولودُ من الوَلَد الحُرِّ إن مات قبلَ الأداءِ.

ولو مات الْمُكاتَبُ وتَرَكَ مالًا، وولَدًا حُرًّا، وولَدًا كُوتِب معه، أو وُلِد في كِتابته، ووصِيًّا: فالوصِيُّ يُؤدِّي بدَلَ كِتابتِه من ماله، ويَعتِقُ في آخِر حَياتِه، ووَرِثه أولادُه.

أما الولَدُ الحُرُّ: فظاهِرٌ، وكذا الآخران؛ لأنهما يَعتِقان من وَقت عِتقِه، كما مَرّ.

ومَلَكَ الوصِيُّ بيعَ العَرْضِ؛ لأنه من باب الحِفظِ، ولا يَملِكُ بيعَ العَقارِ والدَّراهِمِ والدَّنانيرِ؛ لأنه ليس من باب الحِفظِ.

ولا يَرِثُ الولَدُ الْمَولودُ من الوَلَد الحُرِّ إن مات الولَدُ الحُرُّ قبلَ أداءِ بدَلِ الكِتابةِ؛ لأن ذلك ليس من حُقوق كِتابةِ أبيه، فلا يَظهَرُ إسنادُ العِتقِ فيه.

ولو تَرَك وَلَدًا من حُرّةٍ، ودَينًا وَفاءً، فجَنى، فقُضِي على عاقِلة الأُمِّ: لم يكن قَضاءً بعَجز الْمُكاتَبِ.

وإن مات الْمُكاتَبُ وتَرَك ولَدًا من حُرّةٍ، ودَينًا فيه وَفاءٌ بِمُكاتَبته، فجَنى الولَدُ، فقُضِي به على عاقِلة الأُمِّ: لم يكن ذلك قَضاءً بعَجز الْمُكاتَبِ.

وإن اختَصَم مَوالِي الأُمِّ والأبِ في وَلائه، فقُضِي به لِمَوالي[1] الأُمِّ: فهو قَضاءٌ به.

وإن اختَصَم مَوالي الأُمِّ ومَوالي الأبِ في وَلائه، فقُضِي به لِمَوالي الأُمِّ: فهو قَضاءٌ بعَجز الْمُكاتَبِ.

والفرقُ: أن القَضاءَ في الْمَسألة الأُولى يُقرِّرُ حُكمَ الكِتابةِ؛ لأن من قَضِيّة قِيامِ الكِتابةِ أن يَكونَ الولَدُ مُلحَقًا بمَوالي الأُمِّ، والعقلُ عليهم، مع احتِمالِ أن يَعتِقَ الأبُ، فيَجُرَّ الوَلاءَ إلى مَوالي الأبِ، فلم يكن القَضاءُ بما يُقرِّرُ حُكمَ الكِتابةِ فسخًا للكِتابة.

وفي الْمَسألة الثّانيةِ: وَقَع الاختِلافُ في الوَلاء مَقصودًا، وذا يُبتنى على قِيام الكِتابةِ وانتِقاضِها؛ لأن الكِتابةَ إن انتَقَضت -كما قال زيدٌ- استَقرَّ الوَلاءُ على مَوالي الأُمِّ، ومات عبدًا، وإن بَقِيت -كما قال عليٌّ وابنُ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[2]- عَتَق الأبُ بالأداء، وانتَقَل الوَلاءُ إلى مَوالي الأبِ، واستَقرَّ عليهم، فإذا قَضى القاضِي بالوَلاء لِمَوالي الأُمِّ كان قَضاءً في فصلٍ مُجتهَدٍ فيه، فيَنفُذُ قَضاؤُه، وكان تَعجيزًا.

وما أدّى من الصَّدَقات، وعَجَز: طاب لسَيِّده.

وما أدّى الْمُكاتَبُ من الصَّدَقات إلى مَولاه، ثم عَجَز: فهو طَيِّبٌ لسَيِّده؛ لأنه تَبدَّل الْمِلكُ؛ لأن الصَّدَقةَ كانت مِلكًا للمُكاتَب، ثم صارت للمَولى بالأداء، وتَبدُّلُ الْمِلكِ

(١) في سوى (س): لمولى.

(٢) تقدم تخريجه.

كتبدُّل العَينِ في الشَّريعة، فقد رُوِي أن بَريرةَ كانت يُتصدَّقُ عليها، وهي تُهدي إلى رَسول اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فيتناوَلُ منها ويقولُ: «هو لها صَدَقةٌ، ولنا هدِيَّةٌ»[1].

وهذا بخِلاف الفَقيرِ إذا أَباح للغَنيِّ أو للهاشِميِّ عَينَ ما أخَذ من مال الزَّكاةِ من الطَّعام؛ فإنه لا يَحِلُّ؛ لأن الْمِلكَ لم يَتبدَّل؛ لأن الْمُباحَ له[2] يَتناوَلُ على مِلك الْمُبيحِ.

ونَظيرُه: الْمُشترَى شِراءً فاسِدًا إذا أَباح لغَيره لا يَطيبُ له، ولو مَلَكه يَطيبُ له.

هذا إذا عَجز بعدَ الأداءِ، فلو عَجز قبلَ الأداءِ إلى الْمَولى فكذلك يَطيبُ للمَولى، وإن كان غنيًّا، أما عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فظاهِرٌ؛ لأن الْمَذهَبَ عندَه: أن الْمُكاتَبَ إذا عَجز مَلَك الْمَولى أكسابَه مِلكًا مُبتدأً، فيَتبدَّلُ الْمِلكُ.

وأما عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فكذلك في الصَّحيح، وإن كان قِياسُ مَذهَبِه يَقتَضي أن لا يَحِلَّ؛ لأنه لا يَتبدَّلُ الْمِلكُ بالعَجز عندَه، بل يَتقرَّرُ مِلكُ الْمَولى بالعَجز، وصار كأن الصَّدَقةَ وَقَعت من الأَصل للمَولى، ولو كان كذلك لحَرُمت عليه، كذا هنا؛ لأنه لا خُبثَ في نَفس الصَّدَقةِ، وإنما الخُبثُ في فِعل الآخِذِ؛ لأنه إذلالٌ به؛ لأن بالصَّدَقة تَسقُطُ الذُّنوبُ[3] عن الْمُتصدِّق، فيَصيرُ الْمُتصدَّقُ عليه كالآلة للمُتصدِّق في حقِّ سُقوطِ الذُّنوبِ[4] عنه، وليس للمُسلِم أن يُذِلَّ نفسَه إلا عندَ الحاجةِ والضَّرورةِ، فلهذا حَلَّ للفَقير، ولا يَحِلُّ للهاشِميّ، وإن كان مُحتاجًا إليه؛ لأن له زِيادةَ حُرمةٍ وشَرَفٍ ليست لغَيره، ولا آخِذَ[5] هنا من الْمَولى، وصار كابن السَّبيلِ إذا وَصَل إلى وَطَنه، والفَقيرِ إذا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (أ): لم.

(٣) في (أ) و(هـ): الديون.

(٤) في (هـ): الديون.

(٥) في (د): والأخذ.

استَغنى، والْمُكاتَبِ إذا عَتَق واستَغنى.. يَطيبُ لهم ما بَقِي من الصَّدَقات في أيدِيهم.

وتَبطُلُ(س) إجارتُه[1] به.

وإذا آجَر الْمُكاتَبُ أمتَه ظِئرًا، أو آجَرت الْمُكاتَبةُ نفسَها ظِئرًا: لم تَنتقِض الإجارةُ بالعَجز عندَ[2] أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَنتقِضُ؛ لأن الْمَولى يَملِكُ أكسابَه بالعَجز مِلكًا مُبتدأً، فكان العقدُ واقِعًا للمُكاتَب، ولو بَقِي لبَقِي للمَولى، وهذا لا يَجوزُ، كما إذا مات الْمُؤْجِرُ أو الْمُستأجِرُ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: العقدُ وَرَد على مَنافِعها، وهي مَملوكةٌ للمَولى من وجهٍ، وللمُكاتَب من وجهٍ؛ لأن الْمُكاتَبَ رَقيقٌ، والرِّقُّ يُنافِي الْمِلكَ، وسبَبُ مِلكِ الْمَولى قائمٌ، وهو مِلكُ رَقَبتِه، إلا أنه ثَبَت له نوعُ مِلكٍ؛ لحَاجته إلى أَداء بدَلِ الكِتابةِ، فبالعَجز يَتقرَّرُ مِلكُ الْمَولى، فلا يَبطُلُ العقدُ، كما لو تَقرَّر للمُكاتَب بالعِتق[3].

عبدٌ جَنى، فكاتَبه سَيِّدُه جاهِلًا بها، فعَجَز: دَفَع أو فَدى.

عبدٌ جَنى، فكاتَبه سيِّدُه وهو لا يَعلَمُ بالجِناية، فعَجَز[4].. يُقالُ له: (إما أن تَدفَعَه أو تَفدِيَه)؛ لأنه لَمّا كاتَبه وهو لا يَعلَمُ لَزِمَته قِيمتُه؛ لأن اختِيارَه للفِداء لم يَثبُت، وقد امتَنَع الدَّفعُ بفِعله، فغَرِم قِيمتَه، كما لو باعه، فإذا زال المانِعُ قبلَ انتِقالِ[5] الحقِّ عن الرَّقَبة

---

(١) في (م): إجازته.

(٢) في (د): عن.

(٣) في (ب) و(د): بالعقد.

(٤) في (ب): فعلم.

(٥) في (هـ): انفصال.

فوَجَب الدَّفعُ أو الفِداءُ.

وكذا إن جَنى الْمُكاتَبُ، ولم(س ز) يُقضَ به فعَجَز، وإن قُضِي به في كِتابته، فعَجَز: فهو دَينٌ بِيعَ فيه.

وكذا إن جَنى الْمُكاتَبُ، ولم يُقضَ به حتى عَجَز؛ لِما بَيَّنّا من زَوال المانِعِ، وإن قُضِي به عليه في كِتابته، ثم عَجَز: كان قَدْرُ قِيمتِه دَينًا عليه يُباعُ فيه؛ لأن الحقَّ قد انتَقَل من رَقَبته إلى قِيمته بالقَضاء.

وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ، وقولُ أبي يوسف رَحِمَهُاللَّهُ الآخِرُ، وفي قَوله الأوَّلِ -وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُاللَّهُ-: إذا عَجَز قبلَ القَضاءِ بِيعَ أيضًا.

وحاصِلُه: أن جِنايةَ الْمُكاتَبِ عندَنا[1] لا تَصيرُ مالًا إلا بقَضاءٍ، أو بِرِضاءٍ، أو بالْمَوت عن وَفاءٍ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُاللَّهُ: تَصيرُ مالًا في الحال.

له: أن المانِعَ من الدَّفع قائِمٌ وقتَ الجِنايةِ، وهو الكِتابةُ، فوَجَب أن تَصيرَ مُوجِبةً للقِيمة بنَفس الوُقوعِ، كجِناية الْمُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ.

ولنا: أن الأصلَ في جِناية العَبيدِ وُجوبُ الدَّفعِ، إلا أن يَتعذَّرَ التَّسليمُ؛ لوُجود المانِعِ عن الانتِقال من مِلكٍ إلى مِلكٍ، والمانِعُ هنا قابِلٌ للفَسخ والزَّوالِ، فلما كان المانِعُ مُتردِّدًا لم يَثبُت الانتِقالُ عن الْمُوجَب الأصليِّ إلا بالقَضاء أو الرِّضاءِ، كالعَبد الْمَبيعِ إذا أبَق قبلَ القبضِ لا يَنتقِضُ البيعُ إلا بالقَضاء؛ لتَردُّده واحتِمالِ عَودِه.

بخِلاف التَّدبيرِ والاستيلادِ؛ لأن المانِعَ ثابِتٌ مُتقرِّرٌ لا يَقبَلُ الزَّوالَ، فوَجَبت القِيمةُ بلا تَوقُّفٍ.

---

(١) في (هـ): عنده.

وإن صالَح عن عمدٍ(س م) أقَرَّ به، أو أقَرَّ أنه اقتَضَّ(س)[1] بإصبَع: لا.

وإن صالَح الْمُكاتَبُ عن دَم عمدٍ أقَرَّ به ولم يُؤدِّ بدَلَ الصُّلحِ حتى عَجز ورُدَّ في الرِّق: فالصُّلحُ في حقِّ الْمَولى فاسِدٌ، ولا يُؤخَذُ به إلا بعدَ العِتقِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن الصُّلحَ عن دَم العمدِ ليس من التِّجارة ولا من الكَسب؛ لأنه بذلُ[2] المالِ لا عن المال، فلا يَنفُذُ على الْمَولى، إلا أنه يُطلَبُ به في حال الكِتابةِ؛ لأنه لا يَتناوَلُ حقَّ الْمَولى؛ لأنه يَجِبُ في ذِمّته، ويُؤدِّيه من كَسبه، والآنَ صار حقَّ الْمَولى، فلم يَصِحَّ.

وعندَهما: يُؤخَذُ به في الحال؛ لأنه دَينٌ وَجَب عليه واستَقرَّ وُجوبُه؛ لأنه صالَحَ وله وِلايةُ الصُّلحِ، فلا يَبطُلُ بعَجزه، كدَين الشِّراءِ والاستِهلاكِ.

وإن أقَرَّ مُكاتَبٌ بأنه اقتَضَّ[3] بإصبَعٍ حُرّةً أو أمةً أو صبيّةً.. فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا إقرارٌ بالجِناية يُؤخَذُ به ما دام مُكاتَبًا، فإذا عَجز لم يُؤخَذ به، كما مَرَّ آنِفًا.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا إقرارٌ بالجِناية، إلا أنه إن كان قُضِي عليه لم يَسقُط بعَجزه؛ لتَقرُّره، وإن لم يُقضَ به عليه لم يُؤخَذ به بعدَ العجزِ؛ لعَدَم تَقرُّرِه.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: هو إقرارٌ بالمال، فيَلزَمُه في الحال وبعدَما عَجَز، كما قال في الدُّخول في النِّكاح: إذا أقَرَّ به فإنه يَلزَمُه في الحال وبعدَ العجزِ؛ لكَونه إقرارًا بالمال.

---

(١) في (م) و(ف): اقتصَّ.

قضضت الخشبة قضًّا -من باب قتل-: ثقبتها، ومنه: القِضّة -بالكسر- وهي البَكارة، يقال: اقتضضتها: إذا أزلت قِضّتها، ويكون الاقتضاض قبل البلوغ وبعده، وأما ابتكرها واختضرها وابتسرها -بمعنى الاقتضاض-: فالثلاثة مختصة بما قبل البلوغ. «المصباح» ٢/ ٥٠٧.

(٢) في سوى (أ) و(ج): بدل.

(٣) كذا في (أ) و(ج)، وفي (ب): أقبض، وفي (د) و(هـ): اقتص.

وارثُ مُرتدٍّ كاتَب، فقُتِل: بَطَل(ز).

ارتَدَّ مُسلِمٌ -والعِياذُ بالله[1]- وله عبدٌ، فكاتَبه ابنُه، فقُتِل الْمُرتدُّ: بَطَل عقدُ الكِتابةِ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: جازت الكِتابةُ؛ لأن ابنَه الْمُسلِمَ يَرِثُ مالَه في وَقت رِدّتِه، فظَهَر أنه كاتَب عبدَ نفسِه.

ولنا: أنه كان على مِلك الأبِ حين كاتَب الابنَ، فلا يَنفُذُ بمِلكه بعدَه.

مُكاتَبٌ لَحِق مُرتَدًّا: توقَّف(ز) حتى يَهلِكَ.

مُكاتَبٌ ارتَدَّ ولَحِق بدار الحربِ: توقَّف أمرُه، فإن مات أُدِّي بدَلُ الكِتابةِ من ماله، وقُسِم ما بَقِي بينَ وَرَثتِه، وإن عاد مُسلِمًا يُسلَّمُ مالُه إليه.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَحاقُه كمَوته، فيُؤدِّي كِتابتَه من كَسبه، ويُحكَمُ بعِتقه، كلُحوق الحُرِّ.

مات سَيِّدُه: لم تَنفسِخ، وأدّى إلى وَرَثته على نُجومه، وإن حَرَّروه عَتَق مَجّانًا، وبتَحرير البعضِ(ف) لا.

وإن مات سَيِّدُ الْمُكاتَبِ لم تَنفسِخ الكِتابةُ؛ لئلا يُؤدِّيَ إلى إبطال حقِّ الْمُكاتَبِ؛ وهذا لأن الكِتابةَ سببُ العِتقِ، وسبَبُ حقِّ المرءِ حقُّه، فلا يَبطُلُ بمَوته، كالتَّدبير والاستيلادِ.

وقيل له: (أدِّ المالَ إلى وَرَثة الْمَولى على نُجومه)؛ لأن استِحقاقَ الحُرِّيّةِ له بهذا الطَّريقِ، والسَّببُ انعقَد على هذا الوجهِ، فيَبقى بهذه الصِّفةِ، ولكن الوَرَثةُ يَخلُفون الْمُورِّثَ في الاستيفاء، فإن حَرَّروه عَتَق، وسَقَط مالُ الكِتابةِ، وإن أعتَقه أحدُ الوَرَثةِ لا

---

(١) قوله: (والعياذ بالله) مثبت من (ج).

يَنفُذُ عتقُه[1].

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عَتقُه صَحيحٌ؛ لأن الْمُكاتَبَ يُورَثُ؛ لأنه مَملوكٌ، والْمَملوكُ يُورَثُ، وصار كإعتاق الكلِّ.

ولنا: أنه أَضاف التَّصرُّفَ إلى ما لا يَملِكُه، فيَلغو، كأحَد الشَّريكَين إذا أعتَق نَصيبَ شَريكِه، فإنه يَلغو؛ وهذا لأن الْمُكاتَبَ لا يُورَثُ؛ لأنه سببُ مِلكٍ، ولا يُملَكُ بسببٍ من أَسباب الْمِلكِ، فكذا بسَبَب الوِراثةِ.

والقِياسُ في إعتاق الكلِّ: أن لا يَنفُذَ عَتقُهم، ولا يَسقُطَ حقُّهم في بَدَل الكِتابةِ؛ لإضافتهم التَّصرُّفَ إلى ما ليس بمِلكهم، وإنما حَكَمنا بعِتقه استِحسانًا؛ لأن إعتاقَ كلِّه مُسقِطٌ لبَدَل الكِتابةِ عنه، فيُمكِنُ أن يُجعَلَ إعتاقُهم إسقاطًا منهم لبَدَل الكِتابةِ؛ إذ هو حقُّهم، وقد جَرى فيه الإرثُ؛ صَونًا للكَلام عن الإلغاء، وبَراءتُه عن بَدَل الكِتابةِ سببٌ لعِتقه، كما لو أبرَأه الْمَولى، وكما لو قالُوا صَريحًا: (أبرَأناك عن بَدَل الكِتابةِ).

بخِلاف ما إذا أعتَق بعضُهم؛ لأن إعتاقَ البعضِ لا يُسقِطُ عنه شيئًا من بَدَل الكِتابةِ؛ ألا تَرى أنه إذا عَتَق بعضُه بالتَّدبير بمَوت الْمَولى لا يَسقُطُ عنه شيءٌ من بَدَل الكِتابةِ، ولا يَصيرُ إبراءً عن نَصيبه؛ لأنّا نَجعَلُه إبراءً اقتِضاءً: تَصحيحًا لإعتاقهم، والعِتقُ لا يَثبُتُ بإبراء البعضِ أو أداءِ البعضِ، لا في بَعضه ولا في كلِّه، فلا يَثبُتُ الإبراءُ؛ لأنه إذا لم يَثبُت الْمُقتضِي لا يَثبُتُ الْمُقتضَى، ولا جائزٌ أن يَثبُتَ الإبراءُ عن الكلّ؛ لأن الكلَّ حقُّ الكلِّ لا حقُّه.

أمةٌ بينَ مُكاتَبَين وَلَدت، فادَّعياه: ثَبَت نَسَبُه منهما، وتكاتَب، وهي أمُّ وَلَدِهما.

أمةٌ بينَ مُكاتَبَين وَلَدت، فادَّعياه: ثَبَت نَسَبُه منهما؛ لأن لكلِّ واحِدٍ منهما مِلكًا من

(1) في (ب): عليه.

وجهٍ، وتكاتَب[1] الولَدُ تبَعًا لهما، وصارت الأمةُ كأُمِّ ولَدٍ لهما، حتى لا يَصِحُّ بيعُها.

فإن أدَّيا معًا، أو مُرتَّبًا: عَتَقوا دونَها، وإن أدّى أحَدُهما: عَتَق، وعَتَق حظُّه(س م) منه بلا ضَمانٍ(س م) وسِعايةٍ، وصار نِصفُها كأُمِّ وَلَدِ الحُرِّ، والنِّصفُ الآخَرُ على حاله(س م).

فإن أدَّيا بدَلَ الكِتابةِ معًا أو مُتعاقِبًا: عَتَقوا دونَها، وإن أدّى أحَدُهما دونَ الآخرِ عتَق هو، وعَتَق حظُّه من الوَلَد، ولا ضَمانَ على الْمُؤدِّي؛ لأن عِتقَ الولَدِ ثَبَت حُكمًا لعِتقه لا بفِعله، ولا سِعايةَ على الوَلَد لشَريكه؛ لأن الأبَ يَسعى لحُرِّيّة ولَدِه، فكيف يَسعى الولَدُ[2]؟! وصار نِصفُ الأمةِ كأُمِّ ولَدِ الحُرِّ، والنِّصفُ الآخرُ على حاله.

فإن عَجَز شَريكُه: كَمُل استيلادُه، وضَمِن بكلِّ حالٍ لِمَولى العاجِزِ، وسَعى الوَلَدُ في نِصفه، ووَلاؤُه(س م) بينَ الْمَوليَين.

فإن عَجَز شَريكُه زال المانِعُ من تكامُل الاستيلادِ، فصار كلُّها أُمَّ ولَدِ الْمُعتَقِ، وضَمِن الحُرُّ نِصفَ قِيمتِها لِمَولى العاجِزِ، مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ تَملُّكٍ، وسَعى الولَدُ[3] في نِصف قِيمتِه لِمَولى العاجِزِ؛ لأن المانِعَ من السِّعاية أن سِعايتَه تكونُ لأبيه[4]، وقد زال، ووَلاءُ الولَدِ بينَ الْمَوليَين؛ لحُصول العَتقِ منهما، وهذا كلُّه مَذهَبُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَهما: إذا أدّى أحَدُهما عَتَق، وعَتَق كلُّ الولَدِ منه، والوَلاءُ كلُّه لِمَولاه، والأمةُ كلُّها أُمُّ ولَدٍ له، ويَضمَنُ نِصفَ قِيمتِها، مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا، ولا ضَمانَ عليه في الوَلَد

(١) في (ب) و(د): فيكاتب، وفي (هـ): ومكاتب.

(٢) في (أ): الولد له.

(٣) في (هـ): العبد.

(٤) في (هـ): لابنه.

ولا سِعايةَ.

فإن عَجَز أحَدُهما قبلَ الآخَرِ: فحظُّه من وَلَده تَبِعه رِقًّا، وهي كأُمِّ وَلَدِ الآخَرِ، وضَمِن نِصفَ قِيمتِها، وبالقَضاء تَقرَّر أُموميَّتُها، حتى لو عَجَز بعدَه كانَت لسَيِّده، وقبْلَه بينَهما.

فإن عَجَز أحَدُهما قبلَ الآخرِ: فحظُّه من وَلَده تَبِعه رِقًّا؛ لتَجزُّؤ الكِتابةِ عندَه[1]، وهي كأُمِّ ولَدٍ للذي لم يَعجِز؛ لزَوال المانِعِ من التَكامُل، وضَمِن نِصفَ قِيمتِها لِمَولى العاجِزِ؛ لتَملُّكه نَصيبَه منها.

فإن قُضِي عليه بِنصف قِيمتِها: تَقرَّر كونُها أُمَّ ولَدٍ له، حتى لو عَجَز بعدَه كان كلُّها مِلكًا لسَيِّده، وإن لم يُقضَ عليه حتى عَجَز كانت أمةً بينَ الْمَولَيين.

وإن مات أحَدُهما، والآخَرُ مُكاتَبٌ، وتَرَكَ وَفاءً: أُدِّيت كِتابتُه، وعَتَق نِصفُ(س م) الوَلَدِ، ولا يَرِثُ(س م)، وإن أدّى الحيُّ بعدَه، فإن عَجَز عاد قِنًّا، وسَعى الوَلَدُ في نِصفه، وأُمُّه في نِصفها.

وإن لم يَعجِز ولم يُؤدِّ واحِدٌ منهما حتى مات أحَدُهما[2] وتَرَكَ وَفاءً: أُدِّيت كِتابتُه من ماله، ويَعتِقُ في آخِر حَياتِه، ويَعتِقُ نِصفُ الولَدِ معه، وبَقِي النِّصفُ الآخرُ مُكاتَبًا تَبعًا للأب الحيِّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولا يَرِثُ الولَدُ أَباه الميْتَ، وإن عَتَق بعدَ ذلك النِّصفُ الآخرُ، بأن أدّى الْمُكاتَبُ الحيُّ بدَلَ الكِتابةِ؛ لأنه حين مات الأوَّلُ كان الولَدُ مُعتَقَ البعضِ، ومُعتَقُ البعضِ لا يَرِثُ.

فإن عَجَز الْمُكاتَبُ الحيُّ عاد قِنًّا، وسَعى الولَدُ في نِصف قِيمتِه لِمَولى الحيِّ،

(١) في (ب) و(د): عندهم.

(٢) في (ج) زيادة: الآخر مكاتبًا.

وتَسعى الأُمُّ في نِصف قِيمتِها لِمَولى العاجِزِ؛ لأن هذا النِّصفَ صار قِنًّا بعَجز الحيِّ، فيَكونُ مُتقوَّمًا، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: يَعتِقُ كلُّ الولَدِ بلا ضَمانٍ ولا سِعايةٍ، إلا إذا عَجز الحيُّ، فحينَئذٍ يَسعى الولَدُ في نِصف قِيمتِه لِمَولاه، ولا يَرِثُ أَباه الميْتَ؛ لأن عَتْقَ الْمُكاتَبِ يَثبُتُ بطَريق الاستِنادِ، فإنما يَظهَرُ في حقِّ الولَدِ في النِّصف الذي يَعتِقُ تَبعًا لأبِيه، لا في حقِّ النِّصفِ الذي يَعتِقُ حُكمًا؛ لعَدَم التَّجزِّي، فصار في حقِّ ذلك النِّصفِ كأنه عَتَق عندَ الأداءِ.

ولو كَسَب الوَلَدُ، أو قُطِع: يَجِبُ أَرْشُه قِنًّا، والنِّصفُ له، والنِّصفُ للحيِّ.

وإن اكتَسَب الولَدُ مالًا، أو قُطِع يدُه: يَجِبُ أَرْشُه قِنًّا، ونِصفُ الكسبِ والأَرْشِ للوَلَد، والنِّصفُ للمُكاتَب الحيِّ.

والأمةُ بعدَ الأداءِ كذلك، وقبْلَه يَكونُ أَرْشُها مُشتركًا بينَ الْمُكاتَبِ الميْتِ والحيِّ.

وإن قُطِعت يدُ الأُمِّ أو اكتَسَبت.. فإن كان بعدَ الأداءِ: يَجِبُ أَرْشُ الأمةِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها مُعتَقةُ البعضِ، ويَكونُ نِصفُ الأَرْشِ ونِصفُ الكسب لها؛ لأنها بمَنزِلة الْمُكاتَبِ، والنِّصفُ الآخرُ للمُكاتَب الحيِّ، وإن كان قبلَ الأداءِ يَجِبُ أَرْشُ الأمةِ، ويَكونُ[1] مُشتركًا بينَ الْمُكاتَبِ الميْتِ والحيِّ؛ لأنها مُشتركةٌ، فكذا أَرْشُها وكسبُها.

وإن كُوتِبا واحِدةً، وادَّعيا[2] معًا، وماتا معًا، أو مُرتَّبًا، فأُدِّيت كِتابتُهما[3]: وَرِثهما[4]،

(١) في سوى (أ) و(ج): وقد يكون.

(٢) في (ف): وأديا.

(٣) في (م): كاتبهما.

(٤) في (س): وورثهما.

ولو مُتفرِّقةً، وأُدِّيت معًا: لا.

مُكاتَبان كُوتِبا معًا كِتابةً واحِدةً، ولهما أمةٌ، فوَلَدت، فادَّعياه معًا، ثم ماتا عن وَفاءٍ معًا أو مُرتَّبًا، فأُدِّيت كِتابتُهما: وَرِثهما؛ لأنه عَتَق كلُّه قبلَ موتِهما؛ لأن إسنادَ عِتقِ كلِّ نِصفٍ ظَهَر في حقِّ الآخرِ؛ لاتِّحاد العقدِ، فصارا كمُكاتَبٍ واحِدٍ.

وإن كانت كِتابتُهما مُتفرِّقةً، وأُدِّيت معًا: لا يَرِثُ واحِدًا[1] منهما؛ لأن عِتقَ[2] كلِّ نِصفٍ ظَهَر[3] في حقِّ الآخرِ كأنه عَتَق حالَ الأداءِ.

مَجهولُ النَّسَبِ[4] كاتَب عبدَه، فاشتَرى أمةً، وكاتَبها، فأقَرَّ الْمَجهولُ لها برِقِّه، فصَدَّقت، وكَذَّب الْمُكاتَبُ: صحّ، وصار مع مُكاتَبِه مِلكًا للمُكاتَبة، وبَقِيَت كِتابتُهما، فإن أدَّيا معًا، أو حَلَّ النَّجمان معًا، ووَقَعت الْمُقاصّةُ: عَتَقا، ولا وَلاءَ.

مَجهولُ النَّسَبِ كاتَب عبدَه، فاشتَرى الْمُكاتَبُ أمةً وكاتَبها، فأقَرَّ الْمَجهولُ بالرِّقِّ على نَفسه لِمُكاتَبة مُكاتَبه[5]، فصَدَّقَتْه: صَحَّ إقرارُه؛ لانتِفاء التُّهمةِ؛ إذ هذا الإقرارُ يُضِرُّه، وصار هو مع مُكاتَبِه مِلكًا للمُكاتَبة؛ لأنه إذا أقَرَّ أنه مِلكُ الْمُكاتَبةِ فقد أقَرَّ بأن مِلكَه مِلكُ الْمُكاتَبةِ، وبَقِيت كِتابتُهما، حتى بَقِي تَعلُّقُ عِتقِ كلِّ واحِدٍ بالأداء إلى صاحِبه؛ لأن إقرارَ الْمَجهولِ لا يَتعدّى إلى إبطال حقِّ غيرِه.

---

(١) في (ب): واحد.

(٢) مثبتة من (أ).

(٣) مثبتة من (هـ).

(٤) مجهول النسب: هو في الشرع: شخص جهل نسبه في البلدة التي هو فيها، وقيل: من جهل نسبه في بلد تولد فيه، وإن عرف نسبه فيه فهو معروف النسب. «التعريفات الفقهية» ص١٩٦.

(٥) في (د) و(هـ): مكاتبته.

فإن أدَّيا معًا، أو حَلَّ النَّجمان معًا، ووَقَعت[1] الْمُقاصَّةُ: عَتقا، ولا وَلاءَ لأحَدهما على الآخَر؛ لأن الوَلاءَ إنما يَثبُتُ بالعَتق، وكلُّ واحِدٍ منهما ليس بأهلٍ للوَلاء حالَ عِتقِ صاحِبِه؛ لِمَكان الرِّقّ.

وإن تَقدَّم أحَدُهما: فله وَلاءُ الآخرِ، ولا وَلاءَ عليه.
وإن عَجزا معًا: عَتقت، ومَلَكَتْهما، وإن سَبَق عجزُ أحَدِهما: عتَق الآخرُ، ومَلكهما.

وإن تَقدَّم أحَدُهما فله وَلاءُ الآخَرِ، ولا وَلاءَ عليه، وإن عَجَزا معًا عَتَقت ومَلَكَتْهما[2]، وإن سَبَق عجزُ أحَدِهما عتَق الآخرُ، ومَلكهما.

رَجُلان في يَدهما عَينٌ، أقرَّ كلٌّ بها للآخَر معًا: بَطَلا، ولو مُرتَّبًا: فللأوَّل.
وكذا مَجهولان أقرَّ كلٌّ بالرِّقّ للآخَر.

رَجُلان في يَدهما عَينٌ، أقرَّ كلُّ واحِدٍ بها للآخَر معًا: بَطَلا، ولو مُرتَّبًا فهي للأوَّل.

وكذا مَجهولان أقرَّ كلُّ واحِدٍ منهما بالرِّقّ للآخَر، إن خَرَج كَلامُهما معًا: بَطَلا؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما رَدَّ إقرارَ صاحِبِه، فبَطَل الإقراران، وإن خَرَجا مُتعاقِبًا صار آخِرُهما عبدًا لأوَّلهما؛ لأن إقرارَ آخِرِهما يَكونُ ردًّا لأوَّلهما، فبَطَل إقرارُ أوَّلِهما، وثَبَت إقرارُ الثّاني، فصار عبدًا للأوَّل.

ولو أقرَّ بالرِّقّ لعَبد زَيدٍ، وأقرَّ زَيدٌ بالرِّقّ له معًا، وهو يَدَّعي الحُرِّيّةَ: عتَق، ومَلكهما.

ولو أقرَّ مَجهولُ النَّسَبِ بالرِّقّ لعَبد زيدٍ، وأقرَّ زيدٌ بالرِّقّ للمُقِرّ معًا، والعبدُ يَدَّعي الحُرِّيّةَ: عتَق العبدُ، وصار الحُرّان مَملوكَين للعَبد.

---

(١) في (ب) و(د): وقعت.

(٢) في (أ) و(د): وملكتها.

وحُكِي أن عِيسى بنَ أبانَ دَخَل على داوُدَ الأصفَهاني[1]، وكان يَطعَنُ على أصحابنا بينَ تَلامِذتِه ويَقولُ: إنهم مُتناقِضون في كَلامهم، فسَأله عِيسى عن هذه الْمَسألةِ، فتَحيَّر داوُدُ.

وَلَدت أمةُ مُكاتَبِه، فادَّعى سَيِّدُه، وصَدَّقه: لَزِم النَّسَبُ، والعُقرُ، وقِيمةُ وَلَدِه، ولم تَصِر(س) أُمَّ وَلَدِه، وإن كَذَّبه لم يَثبُت(س) النَّسَبُ، ولا يَنكِحُها.

وَلَدت أمةُ مُكاتَبِه، وقد حَبِلت في مِلكه، فادَّعى سيِّدُه نسَبَ الولَدِ، وصَدَّقه الْمُكاتَبُ: ثَبَت النَّسَبُ، كما إذا ادَّعى ولَدُ أمةِ الأجنَبِيِّ، وصَدَّقه الأجنَبيُّ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَصِحُّ، صَدَّقه الْمُكاتَبُ في ذلك أم كَذَّبه؛ لأن حقَّ الْمَولى في أَكساب الْمُكاتَبِ أَقوى من حقِّ الأبِ في مال الابنِ، ولهذا لو تَزوَّج بأَمة مُكاتَبِه لا يَصِحُّ، ولو تَزوَّج بأَمة ابنِه يَصِحُّ، ثم حقُّ الأبِ في مال الابنِ يَكفي لصِحّة الاستِيلادِ، فحقُّ الْمَولى أَولى.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ -وهو الفرقُ-: أن للوالِد حقَّ تَملُّكِ مالِ الابنِ عندَ الحاجةِ، وقد مَسَّت[2] الحاجةُ إلى صِيانة مائِه، فيَصيرُ مُتملِّكًا مُستولِدًا مِلكَ نفسِه.

أما الْمَولى: فمَحجورٌ عن التَّصرُّف في أَكساب مُكاتَبِه والتَّملُّكِ، ولهذا لو أَراد أن يَأخُذَ شيئًا من أَكساب مُكاتَبِه لحَاجة الأكلِ واللُّبسِ لا يَملِكُ ذلك، فلا تَصِحُّ دِعوتُه إلا بتَصديق الْمُكاتَبِ.

وعليه عُقرُها؛ لأن له حقَّ مِلكٍ في أكساب الْمُكاتَبِ، فلا حاجةَ إلى تَملُّك الجارِيةِ، فلا يَتملَّكُها، وقِيمةُ ولَدِه؛ لأنه في مَعنى الْمَغرور؛ لقِيام سببِ الْمِلكِ، وهو مِلكُ رَقَبةِ

(١) في (أ): الأصبهاني.

(٢) في (ب): مضت.

الْمُكاتَبِ، فكانت الأمةُ كسْبَ كسبِه، فيكونُ حُرًّا بالقِيمة ثابِتَ النَّسَبِ منه.

ولم تَصِر الأمةُ أُمَّ ولَدِه؛ لأنه لم يَتملَّكها، فلم تَصِر أُمَّ ولَدِه، كما في وَلَد الْمَغرورِ.

وإن كَذَّبه الْمُكاتَبُ في النَّسَب لم يَثبُت؛ لِما مَرَّ أنه لا بُدَّ من تَصديقه، فلو مَلَكه يومًا ثَبَت نسَبُه منه؛ لِقيام الْمُوجِبِ وزَوالِ المانِعِ، وهو حقُّ الْمُكاتَبِ، ولا يَجوزُ للمَولى أن يَتزوَّجها.

وإن اشتَرى زَوجةَ سَيِّدِه: بَقِي نِكاحُها، وإن وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذْ مَلَكها.. إن صَدَّقه: ثَبَت، ورَقّ، ولا عُقرَ، وكذا إن مَلَك عبدًا، فادَّعاه، وصَدَّقه.

وإن اشتَرى الْمُكاتَبُ زَوجةَ سيِّدِه: بَقِي نِكاحُها؛ لأن الحقَّ يَمنَعُ الابتِداءَ لا البقَاءَ.

وإن وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذ مَلَكها الْمُكاتَبُ.. إن صَدَّقه: ثَبَت النَّسَبُ؛ لِما مَرّ، ولا يَعتِقُ الولَدُ؛ لأن العُلوقَ إذا لم يكن في مِلك الْمُكاتَبِ لم يكن الْمَولى مَغرورًا، فلا يَعتِقُ بحُكم الغُرورِ[1]، ولا يَجِبُ العُقرُ؛ لأنه أقَرَّ بالوَطء في مِلك الأجنَبيِّ.

وكذا الْمُكاتَبُ إذا اشتَرى عبدًا، فادَّعى الْمَولى نسَبَه، وصَدَّقه الْمُكاتَبُ: ثَبَت نسَبُه، ولا يَعتِقُ؛ لِما قُلنا.

وَلَدت مُكاتَبةُ الْمُكاتَبِ، فادَّعاه سَيِّدُه وحَمْلَها بعدَ كِتابتِها.. إن صَدَّقَته: ثَبَت نَسَبُه، ولا[2] يَعتِقُ قبلَ عجزِها، وعَتَق بعدَه بقِيمته يومَ عجزِها، صَدَّق الْمُكاتَبُ أوْ لا، إن تَقدَّم تَصديقُها.

وَلَدت مُكاتَبةُ الْمُكاتَبِ، فادَّعاه سيِّدُ الْمُكاتَبِ وحَمْلَها بعدَ كِتابتِها.. إن صَدَّقَته:

---

(١) في (ب): لم يكن المولى معذورًا فلا يعتق بحكم العذر.

(٢) في (ف): وإلا.

ثَبَت نسَبُه[1]، ويُحمَلُ على أنها وَلَدت منه بحُكم النّكاحِ الفاسِدِ، ولا يَعتِقُ الولَدُ قبلَ عجزِها، وعَتَق بعدَ العجزِ بقِيمته يومَ عجزِها، صَدَّقه الْمُكاتَبُ أو كَذَّب إن تَقدَّم تَصديقُها؛ لتَعذُّر إيجابِ القِيمةِ قبلَ العجزِ، فتُعتبَرُ قِيمتُه يومَ العجزِ.

وإن وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذْ كُوتِبت، فادَّعاه، وصَدَّقَتْه: عَتَق بقِيمته مُذْ وُلِد، وعُقرُها للمُكاتَب.

وإن كَذَّبَتْه: لا يَثبُتُ، وإن صَدَّقه الْمُكاتَبُ، إلا إذا كَبِر الوَلَدُ وصَدَّق، أو عَجَزت وهو مُصدِّقٌ.

وإن وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مذ كُوتِبت، فادَّعاه مَولى الْمُكاتَبِ، وصَدَّقَتْه: عَتَق بقِيمته مُذ وُلِد، وعُقرُها للمُكاتَب؛ لأن الوطءَ حَصَل في مِلكه، وإن كَذَّبَتْه: لا يَثبُتُ، وإن صَدَّقه الْمُكاتَبُ؛ لأن الحقَّ لها لا للمُكاتَب، إلا إذا كَبِر الولَدُ وصَدَّق، أو عَجَزت والْمُكاتَبُ مُصدِّقٌ.

مُكاتَبٌ كاتَب أمتَه، وأدّى، فعَتَق، فوَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذْ كاتَبها، فادَّعاه مَولاه، وصَدَّقه: ثَبَت نَسَبُه، وعَتَق بقِيمته مُذْ وُلِد، ولا عِبرةَ بتَصديقها.

مُكاتَبٌ كاتَب أمتَه وأدّى، فعَتَق، فوَلَدت ولَدًا لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذ كاتَبها، فادَّعاه، وصَدَّقه: يَثبُتُ نسَبُه، وعَتَق بقِيمته يومَ الوِلادةِ؛ لأن العُلوقَ حَصَل حالَ كونِها أمةَ الْمُكاتَبِ، ولا يُعتبَرُ تَصديقُها، بخِلاف ما لو كان العُلوقُ في حال الكِتابةِ.

وإن وَلَدت لأكثَرَ منها لا يَعتِقُ، إلا إذا عَجَزت.

وإن وَلَدت لأكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ لا يَعتِقُ الولَدُ؛ لعَدَم الغُرورِ بزَعمه، إلا إذا عَجَزت،

(١) في (ج) زيادة: ولا تعتق.

فحينَئذٍ يَصيرُ الولَدُ حُرًّا بالقِيمة.

ولأكثَرَ مُذْ كُوتِبت، ولأقَلَّ مُذْ عَتَق: فهو كوِلادتها قبلَ عِتقِه.

وإن وَلَدت لأكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ مُذ كُوتِبت، ولأقَلَّ منها مُذ عتَق: فالجَوابُ فيه كالجَواب فيما إذا وَلَدت قبلَ عِتقِه؛ لأن العُلوقَ متى حَصَل في حال الكِتابةِ لم يكن للعِتق أثَرٌ بعدَه؛ إذ الْمُعتبَرُ زَمانُ العُلوقِ.

ولسِتّة أشهُرٍ مُذْ عتَق، وزَعَم السَّيِّدُ أنه بوطءٍ بعدَ العِتقِ: لا يَثبُتُ، وإن صَدَّق.

وإن وَلَدت لسِتّة أشهُرٍ فصاعِدًا مُذ عتَق، وزَعَم السَّيِّدُ أنه وُلِد بوطءٍ بعدَ العِتقِ: لم يَثبُت نسَبُه وإن صَدَّق، وكان زانِيًا؛ لعَدَم حقِّ الْمِلكِ وتأويلِه، فكان كالأجنَبيّ.

وإن تَأوَّل أنه نكَحها بعدَه.. إن صَدَّقَتْه: ثَبَت، ولا يَعتِقُ، وتكاتَب تبَعًا[1]، فإن عَجَزت: رَقّا، وإن كَذَّبَتْه: لا يَثبُتُ، إلا إذا عَجَزت وهو مُصدِّقٌ، ولا يَعتِقُ.

وإنْ أوَّل أنه نكَحها بعدَ عِتقِ الْمُكاتَبِ.. إن صَدَّقَتْه الْمُكاتَبةُ: ثَبَت النَّسَبُ، ولا يَعتِقُ الولَدُ؛ لوُجود شُبهةِ النّكاحِ، وتكاتَب الولَدُ تبَعًا لأُمّه، فإن عَجَزت فهما رَقيقان، وإن كَذَّبَتْه الْمُكاتَبةُ: لا يَثبُتُ النَّسَبُ، إلا إذا عَجَزت وهو مُصدِّقٌ، ولا يَعتِقُ الولَدُ؛ لانتِفاء مَعنى الغُرورِ.

وإن زَعَم أنه بوطءٍ قبلَه.. إن صَدَّقاه: ثَبَت، ولم يَعتِق إلا بعدَ عجزِها، وتكاتَب تَبَعًا، وكذا إن صَدَّقت وكَذَّب، لكن لا يَعتِقُ بعدَ عجزِها.

وإن زَعَم أنه وُلِد بوطءٍ كان قبلَ العِتقِ.. إن صَدَّقاه: ثَبَت نسَبُ الولَدِ؛ لاتّفاقهم عليه، ولا يَعتِقُ الولَدُ؛ لأنه وإن عَلِق في حال قِيامِ الكِتابةِ لم يَثبُت الغُرورُ، فلم تَثبُت

(١) في (م): ويتكاتب معًا.

الحُرِّيَّةُ، وإن عَجَزت أخَذ الْمَولى الولَدَ حُرًّا بالقِيمة؛ لأنه صار ولَدَ أمةِ الْمُكاتَبِ[1]، وإن أدَّت عَتَقت مع ولَدِها؛ لأنه تكاتَب تبَعًا.

وكذا إن صَدَّقت وكَذَّب الْمُكاتَبُ الحُرَّ: يَثبُتُ النَّسَبُ؛ لأن الحقَّ لها، والولَدُ رَقيقٌ وإن عَجَزت؛ لأنه استُحِقَّ رِقُّ ولَدِها بالعَجز، فهي بتَصديقها أن الولَدَ عَلِق قبلَ العِتقِ تُريدُ إبطالَ حقِّ الْمَولى، فلا تُصدَّق.

وإن صَدَّق وكَذَّبت: لا يَثبُتُ.

وبعدَ عجزِها ثَبت، وعَتَق بقِيمته يومَ عجزِها.

وإن صَدَّقه الْمُكاتَبُ الحُرُّ أن وطءَ الْمَولى كان قبلَ العِتقِ، وكَذَّبَته الْمُكاتَبةُ: لا يَثبُتُ النَّسَبُ، وبعدَ عجزِها يَثبُتُ، ويَعتِقُ بقِيمته يومَ عجزِها؛ لأن الْمُكاتَبَ يُصدَّقُ في حقِّ نفسِه، وقد أقَرَّ أن الولَدَ عَلِق حالَ الكِتابةِ، وصارت الْمُكاتَبةُ أمةً للمُكاتَب.

مُكاتَبةُ الْمُكاتَبِ مَلَكت أمةً، فولَدت، فادَّعى سَيِّدُه، وصَدَّقَتْه: ثَبت، وهو رَقيقٌ. فإن عَجَزت، ووَلَدت لسِتّة أشهُرٍ مُذْ مُلِكت: فهو حُرٌّ بقِيمته يومَ العجزِ، ولأقَلَّ منها: لا يَعتِقُ.

مُكاتَبةُ الْمُكاتَبِ مَلَكت أمةً، فوَلَدت ولَدًا، فادَّعاه سيِّدُه، وصَدَّقَته الْمُكاتَبةُ: ثَبت النَّسَبُ، ولا يَعتِقُ الولَدُ؛ لعَدَم العُلوقِ في مِلكه، فلم يَثبُت الغُرورُ، فإن عَجَزت ووَلَدت لسِتّة أشهُرٍ مُذ مُلِكت: فهو حُرٌّ بقِيمته يومَ العجزِ، وإن وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ لا يَعتِقُ؛ لحُصول العُلوقِ في مِلك الأجنَبيِّ.

فلو عَتَق قبلَ عجزِها، أو مات عن وَفاءٍ، فأدّى، فعَجَزت: فكما مرّ.

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): المكاتبة.

فلو عَتَق الْمُكاتَبُ قبلَ عجزِها، أو مات الْمُكاتَبُ عن وَفاءٍ، فأدّى[1] فعَجَزت الْمُكاتَبةُ: فالجوابُ فيه ما ذَكَرنا فيما إذا لم يَعتِق، أي: إن وَلَدت لأكثَرَ من سِتّة أشهرٍ مُذ مَلَكها الْمُكاتَبُ[2] عَتَق الولَدُ، وإلا لا؛ لأن الاعتِبارَ للعُلوق حالَ قِيامِ تأويلِ الْمِلكِ لا لِقيام كِتابةِ الْمُكاتَبِ.

ولو عَجَز قبلَها، أو مات عاجِزًا: صارَت دِعوتُه كدِعوة وَلَدِ أمةِ مُكاتَبِه.

ولو عَجَز الْمُكاتَبُ الأوّلُ قبلَها، أو مات عاجِزًا: صارت دِعوتُه كدِعوة ولَدِ أمةِ مُكاتَبِه، وحُكمُه قد مَرّ.

مُكاتَبٌ اشتَرى زَوجتَه: حَلَّ وطؤُها، فإن وَلَدت تكاتَبا.

مُكاتَبٌ اشتَرى زَوجتَه: حَلَّ وطؤُها؛ لأنه لم يَفسُد النّكاحُ؛ لأن الثّابتَ للمُكاتَب بالشّراء حقُّ الْمِلكِ، فلا يَمنَعُ بَقاءَ النّكاحِ، فإن وَلَدت دَخَل الولَدُ في كِتابة الأبِ تبَعًا، ودَخَلت الأُمُّ في كِتابة الولَدِ تبَعًا.

فإن مات لا عن وَفاءٍ تَعتَدُّ شَهرَين وخَمسةً، وقام مَقامَه، وسَعَيا على نُجومه، وعَتَقوا بالأداء، وتَعتَدُّ ثَلاثَ حِيَضٍ، وإن بَقِيَت الأُولى تَداخَلت، وتُحِدُّ في الأُولى.

فإن مات الأبُ لا عن وَفاءٍ: تَعتدُّ عِدّةَ الوَفاةِ شَهرَين وخَمسةَ أيّامٍ؛ لأنها أمةٌ، وقام الولَدُ مَقامَ الأبِ، وسَعَيا على نُجومه، وعَتَقوا بالأداء، وتَعتدُّ بثَلاث حِيَضٍ؛ لأنها أُمُّ ولَدٍ[3]، وعِدّةُ أُمِّ الولَدِ في الْمَوت ثَلاثُ حِيَضٍ.

وإن بَقِيت الأُولى: تَداخَلت، وتُحِدُّ في الأُولى خاصّةً؛ لأنها عِدّةُ النّكاحِ.

---

(١) في (هـ): فأدى الولد.

(٢) في (أ) و(ب): المكاتبة.

(٣) في (ب) و(د): ولده.

وإن مات عن وَفاءٍ: أدّى، وحُكِم بعِتقهم، وظَهَر فَسادُ نِكاحِها، وتَعتَدُّ بثَلاث حِيَضٍ، حَيضتان منها للفُرقة.

وإن مات عن وَفاءٍ: أُدِّي بدَلُ الكِتابةِ، وحُكِم بعِتقهم في آخِر حَياتِه، وظَهَر فَسادُ نِكاحِها؛ لأنه ظَهَر أنه مَلَك امرَأتَه في آخِر حَياتِه، وتَجِبُ عليها عِدّتان: عِدّةُ النِّكاحِ حَيضتان بسَبَب الفُرقةِ في آخِر حَياتِه، وهي أمةٌ، وعِدّةُ الاستيلادِ بمَوت الْمَولى ثَلاثُ حِيَضٍ، وتَداخَلتا.

فلو لم تَلِد: بَقِيَت زَوجتَه، ولا تَعتِق.

فلو لم تَلِد بَقِيت زَوجتَه، ولا تَعتِقُ؛ لأن عِتقَها كان تَبعًا للوَلَد.

تحتَه أمةٌ طَلَّقها ثِنتَين، فمَلَكها: لا تَحِلُّ حتى تَنكِحَ غيرَه.

تحتَه أمةٌ طَلَّقها ثِنتَين، فمَلَكها: لا تَحِلُّ له حتى تَنكِحَ زوجًا غيرَه؛ لأن طَلاقَ الأمةِ ثِنتان.

كاتَب حامِلًا بألفٍ، واستَثنى حَمْلَها: فَسَدت، بخِلاف المهرِ، والخُلعِ، والصُّلحِ عن دَم عمدٍ.

كاتَب حامِلًا بألفٍ، واستَثنى حَمْلَها: فَسَدت الكِتابةُ؛ لأن الولَدَ الْمُتَّصِلَ كسائِر أجزائِها، واستِثناءُ جُزءٍ من أجزائها شرطٌ فاسِدٌ بخِلاف مُقتَضى العقدِ، بخِلاف استِثناءِ الولَدِ في الْمَهر والخُلعِ والصُّلحِ عن دَم العمدِ؛ لأن استِثناءَ الولَدِ كاستِثناء طرَفٍ من أطرافها، ولو استَثنى طرَفًا من أطرافها تَجوزُ هذه العُقودُ، ويَبطُلُ الاستِثناءُ، فكذا إذا استَثنى الحَمْلَ.

والخِدمةُ كالوَلَد، فإن أدَّته عَتقا، فإن كان أكثَرَ من قِيمتها: سَلِم له، وكذا لو كان

حَمْلُها لغَيره.

واستِثناءُ الخِدمةِ كاستِثناء الولَدِ في جَميع الأحكامِ؛ لأنها تُملكُ تبَعًا، كالوَلَد، فإن أدّت الألفَ عتَقا؛ لأن الفاسِدَ يُفيدُ عندَ القبضِ ما يُفيدُ الصَّحيحُ[1].

فإن كان أكثَرَ من قِيمتها: تَسلَمُ له عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لِما عُرِف.

وكذا لو كان حَمْلُها لغَيره؛ لأن كِتابةَ الأُمِّ تَتضمَّنُه، فكان شرطًا فاسِدًا.

ولو لم يَستثنِ: تَوقَّف على إجازة ربِّه، فلو ماتَت[2]، فأَجاز: لَغَت، وإن تَركت وَفاءً أو وَلَدًا وُلِد في كِتابتها.

ولو لم يَستثنِ: تَوقَّف في الوَلَد على إجازة صاحِبه؛ لأنها تَناوَلَتْه وهو ليس له.

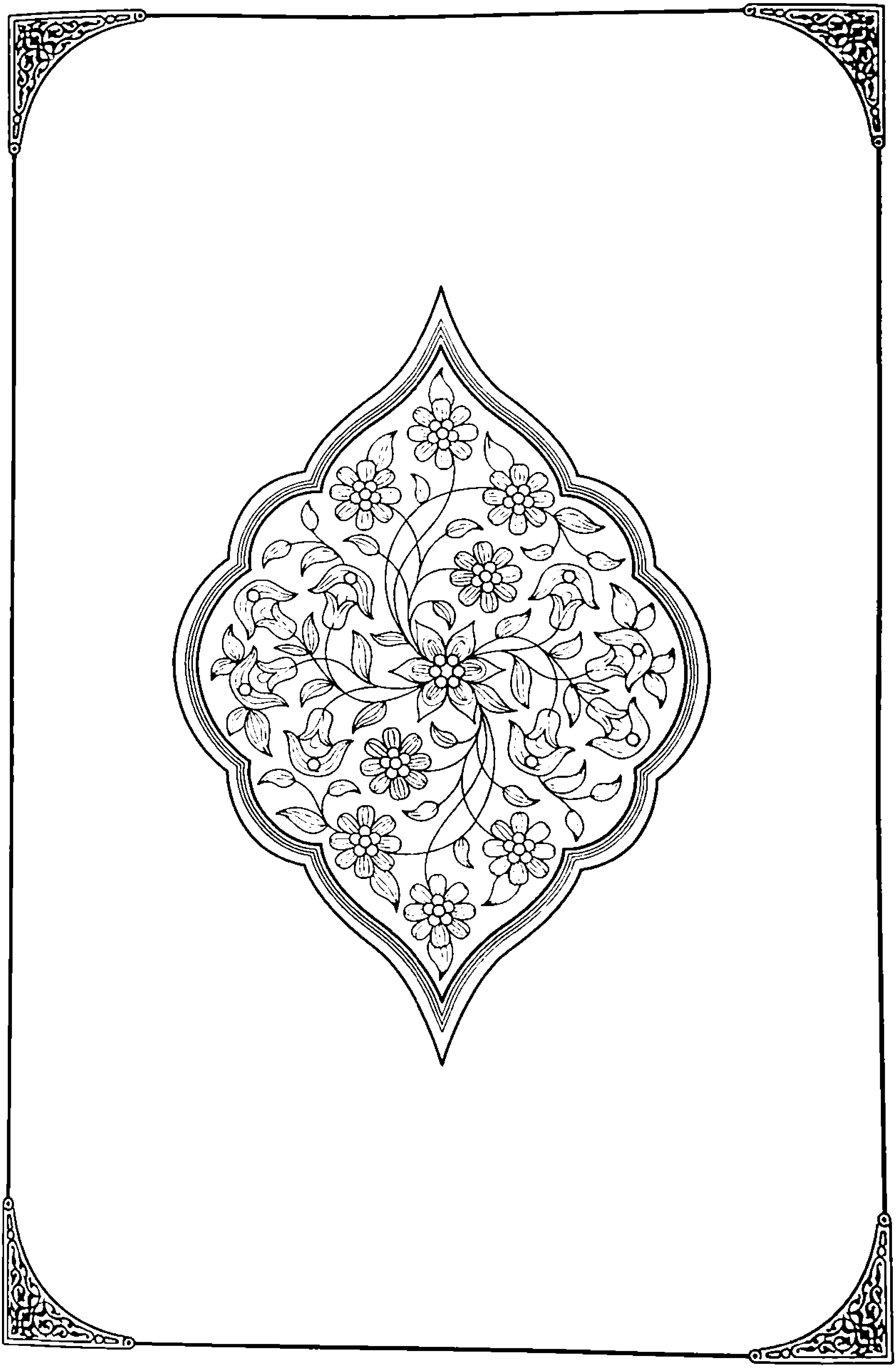
وإن ماتت فأَجاز: لَغَت، وإن تَركت وَفاءً أو ولَدًا وُلِد في كِتابتها؛ لأن مِن[3] شرطِ الإجازةِ قِيامَ محَلِّ الابتِداءِ، ولم يُوجَد هذا الشَّرطُ في الأَصل؛ لأن الميْتَ باعتِبار الولَدِ لا يَقبَلُ الكِتابةَ.

(١) في (هـ): لأن الفاسد يفسد عقد القبض ما يفسد الصحيح.

(٢) في (ع): مات.

(٣) شطبت في (أ).

كِتَابُ الوَلَاءِ



كتاب الولاء

كِتابُ الوَلاءِ[1]

هو من الوَلْي بمِعنى القُربِ[2]، ويُقالُ: (بينَهما وَلاء)، أي قَرابةٌ، ومنه قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الوَلاءُ لُحمةٌ كلُحمة النَّسَبِ»[3]، أي وُصلةٌ كوُصلة النَّسَبِ.

اعلَم أن الوَلاءَ نَوعان:

وَلاءُ عَتاقةٍ، ويُسمّى وَلاءَ نِعمةٍ، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧]، أي أنعَم اللهُ عليه بالإسلام، وأنعَمتَ عليه بالعَتق.

---

(١) الولاء: من آثار العتق، مأخوذ من الوَلْي بمعنى القرابة، يقال: بينهما ولاء: أي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة، ومنه قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الولاء لُحمة كلُحْمة النسب»، أي وصلةٌ كوصل النسب. وقيل: الولاء والوَلاية بالفتح: النصرة. وفي «الصحاح»: الولاء: ولاء المعتق، وفي الحديث: «نهى عن بيع الولاء وعن هبته». «الأنيس» ص٩٨.

الولاء: هو ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه، أو بسبب عقد الموالاة. «التعريفات» ص٢٥٥.

(٢) في (د): القريب.

(٣) رواه الإمام الشّافعي (٢٣٧) بترتيب السندي، والدارمي (٤٩٥٠)، والحاكم (٧٩٩٠)، والبيهقي (١٢٣٨١). ومعنى الحديث كما في «النهاية» لابن الأثير ٤/ ٢٤٠: المخالطة في الولاء، وأنها تجري مجرى النسب في الميراث، كما تخالط اللُّحمة سَدى الثوب، حتى يصيرا كالشيء الواحد؛ لما بينهما من المداخلة الشديدة.

وسبَبُ هذا الوَلاءِ الإعتاقُ عندَ الجُمهورِ، والأصَحُّ أن سببَه العِتقُ على مِلكه؛ لأن الحُكمَ يُضافُ إلى سَببه، ويُقالُ: وَلاءُ العَتاقةِ، ولا يُقالُ: وَلاءُ الإعتاقِ، ولأن من وَرِث قَريبَه فعَتَق: كان مَولًى له ولا إعتاقَ هنا.

ووَلاءُ مُوالاةٍ، وسببُه العقدُ الذي يَجري بينَ اثنَين، والحُكمُ يُضافُ إلى سَببه، والمَطلوبُ بكلِّ واحِدٍ منهما التَّناصُرُ، وكانت العرَبُ في الجاهِليّة يَتناصَرون بأسبابٍ، منها: الحِلفُ والمُمالَحةُ[1]، فالشَّرعُ قَرَّر حُكمَ التَّناصُرِ بالوَلاء بنَوعَيه، حتى قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «مَولى القومِ منهم، وحَليفُهم منهم»[2].

(١) وردت هذه الكلمة في «المبسوط» بعدة صيغ، فقال في كتاب الولاء ٨/ ٨١: وقد كانوا في الجاهلية يتناصرون بأسباب منها: الحلف والمحالفة.

وقال في المعاقل ٢٧/ ١٢٥: ثم كانت للعرب في الجاهلية أسباب للتناصر، منها القرابة، ومنها الولاء، ومنها الحلف، ومنها مماحلة العدو.

وقال في «الزاهر في معاني كلمات الناس» ١/ ٢٢٢: وقولهم: بين الرجلين ممالحة: قال أبو بكر: قال الأصمعي: معناه: بينهما رضاع، يقال: قد ملحت فلانة لفلان: إذا أرضعت له.

من ذلك الحديث الذي يرويه ابن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن وفد هوازن أتوا النبي يكلمونه في سبي أوطاس وحنين، فقال له رجل من بني سعد بن بكر: يا محمد! لو كنا ملحنا للحارث بن أبي شمر أو للنعمان بن المنذر، ثم نزل منا منزلك هذا منا لحفظ ذلك لنا، وأنت خير المكفولين، فاحفظ ذلك. وذلك أن النبي كانت دايته من بني سعد بن بكر.

وقال الأصمعي: يقال: فلان لم يحفظ الملح، أي لم يحفظ الرضاع... إلخ.

(٢) روى الإمام أحمد (١٨٩٩٢) مرفوعًا: «مولى القوم منهم، وابن أختهم منهم، وحليفهم منهم».

وروى الدارمي (٢٥٧٠) والبزار (٨١٢٤) والطبراني ١٧/ ١٢ مرفوعًا واللفظ للأول: «مولى القوم منهم، وحليف القوم منهم، وابن أخت القوم منهم».

وروى شطره البخاري (٦٧٦١) بلفظ: «مولى القوم من أنفسهم»، والنسائي (٢٦١٢) بلفظ: «وإن مولى القوم منهم».

والْمُرادُ بالحَليف: مَولى الْمُوالاةِ؛ فإنهم كانوا يُؤكِّدون الْمُوالاةَ بالحَلِف، ولِمَعنى التَّناصُرِ أثبَت الشَّرعُ حُكمَ التَّعاقُلِ بالوَلاء، وبَنى على ذلك حُكمَ الإرثِ، إلا أن الإرثَ بوَلاء العَتاقةِ أَقوى؛ لكَونه مُتَّفَقًا عليه.

لِمُعتَقٍ غيرِ حَربيٍّ(س)، ولو بتَدبيرٍ، وكِتابةٍ، وإيلادٍ، ومِلكِ قَريبٍ.

فإذا ثَبَت هذا فنَقولُ: كلُّ مُعتَقٍ غيرِ[1] حَربيٍّ ولو بتَدبيرٍ، وكِتابةٍ، وإيلادٍ[2]، ومِلكِ قَريبٍ: يَستحِقُّ الوَلاءَ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الوَلاءُ لمن أعتَق»[3].

ولأن التَّناصُرَ يَحصُلُ بالإعتاق، فيَعقِلُه، وقد أَحياه حُكمًا بإزالة الرِّقِّ عنه، فيَرِثُه؛ وهذا لأن الكُفرَ موتٌ حُكمًا بالنَّصّ[4]، والرِّقُّ أثَرُ الكُفرِ، ولم يكن مالِكًا للمال قبلَ العِتقِ، كالميْت، وقد صار مالِكًا بالإعتاق، والْمُسبِّبُ للإحياء حَقيقةً بالإيلاد[5] يَستحِقُّ الإرثَ، كالأَب، فكذا الْمُسبِّبُ للإحياء حُكمًا يَستحِقُّه، فصار الوَلاءُ كالوِلاد، ولأن الغُنمَ بالغُرم.

والْمَرأةُ كالرَّجُل؛ لإطلاق ما رَوَينا[6]، ولأن ابنةَ حَمزةَ أعتَقت عبدًا، فمات الْمُعتَقُ وتَرَك بِنتًا،...

(١) سقطت من (ب).

(٢) في نسخة على هامش (ج): استيلاد.

(٣) رواه الستة: البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤)، وأبو داود (٢٩١٥)، والترمذي (٢١٢٤)، والنسائي (٢٦١٤)، وابن ماجه (٢٠٧٦).

(٤) في (هـ) زيادة: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ وَجَعَلْنَا لَهُۥ نُورًا يَمْشِي بِهِۦ فِي ٱلنَّاسِ كَمَن مَّثَلُهُۥ فِي ٱلظُّلُمَٰتِ لَيْسَ بِخَارِجٍ مِّنْهَا ۚ كَذَٰلِكَ زُيِّنَ لِلْكَٰفِرِينَ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ﴾ [الأنعام: ١٢٢].

(٥) في (ب) و(د): بالاستيلاد.

(٦) أي حديث: «الولاء لمن أعتق».

فجَعَل رَسولُ اللهِ صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ نِصفَ مالِه لبِنته، ونِصفَه لابنة حَمزةَ[1].

ويَستَوي فيه الإعتاقُ بمالٍ وبغَيره؛ لإطلاق ما رَوَينا، ولأن ثُبوتَ الوَلاءِ بإحداث قُوّةِ المالِكيَةِ في الْمُعتِق، وفي هذا يَستَوي الرَّجُلُ والْمَرأةُ، والإعتاقُ بمالٍ وبغَير مالٍ.

والحَربيُّ إذا أعتَق عبدًا حَربيًّا في دار الحربِ، وخَلّاه[2]، ثم خَرَجا مُسلِمَين: لا وَلاءَ له عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ؛ لأنه عَتَق بالتَّخلية.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُاللَّهُ: يَعتِقُ، وله وَلاؤُه؛ لأنه عَتَق بالتَّخلِية والإعتاقِ جَميعًا.

وإذا أدّى الْمُكاتَبُ وعَتَق: فوَلاؤُه للمَولى، وإن عَتَق بعدَ موتِ الْمَولى؛ لأنه عَتَق عليه بالكِتابة، وكذا العبدُ الْمُوصَى بعَتقه أو بشِرائه وعَتقِه بعدَ موتِه؛ لانتِقال فِعلِ الوصِيِّ بعدَ موتِه إليه، والتَّرِكةُ[3] مُبقّاةٌ على حُكم مِلكِه.

وإن مات الْمَولى وعَتَق مُدبَّروه وأُمّهاتُ أولادِه: فوَلاؤُهم له؛ لأنه أعتَقَهم بالتَّدبير والاستيلادِ.

ومن مَلَك ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه وعَتَق عليه: فوَلاؤُه له؛ لحُصول السَّبَبِ، وهو العِتقُ على مِلكه.

---

(١) روى ابن ماجه (٢٧٣٤) عن عبد الله بن شداد عن بنت حمزة -قال محمد -يعني ابن أبي ليلى-: وهي أخت ابن شداد لأمه- قالت: مات مولاي وترك ابنته، فقسم رسول الله صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ ماله بيني وبين ابنته، فجعل لي النصف ولها النصف.

وروى النسائي في «الكبرى» (٦٣٦٦) والطبراني (٢٤/ ٣٥٤) عن عبد الله بن شداد بن الهاد، أن ابنة حمزة بن عبد المطلب، أعتقت مملوكًا لها، فمات وترك ابنته ومولاته، فورثته ابنته النصف، وورثته ابنة حمزة النصف.

(٢) في نسخة على هامش (ج): وخلى سبيله.

(٣) في (هـ): والمرأة.

ولَغا شرطُ نفيِ الوَلاءِ.

ولَغا شرطُ نفيِ الوَلاءِ، أي لو شَرَط أنه سائِبةٌ -أي مُعتَقٌ لا وَلاءَ بينَهما- فالشَّرطُ باطِلٌ، والوَلاءُ لمن أعتَق؛ لأنه شرطٌ مُخالِفٌ للحَديث الذي رَوَينا[1]، فيَكونُ باطِلًا، وقد قال اللهُ تَعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ﴾ [المائدة: ١٠٣]، فقِيل في تَأويله: كان الرَّجُلُ إذا أعتَق عبدًا قال: (هو سائِبةٌ)، فلا عقلَ بينَهما ولا مِيراثَ[2].

أعتَق حامِلًا من زَوجها القِنِّ: لا يَنتقِلُ وَلاءُ الحمل عن مَولى الأُمِّ.

وإذا تَزوَّج عبدُ رَجُلٍ أمةً لآخرَ، فأعتَق مَولى الأمةِ الأمةَ وهي حامِلٌ من العَبد: عَتَقت، وعَتَق حَمْلُها، ووَلاءُ الحَمْلِ لِمَولى الأُمِّ لا يَنتقِلُ عنه أبدًا؛ لأنه عَتَق على مُعتَق الأُمِّ مَقصودًا؛ إذ هو أَضاف الإعتاقَ إلى جَميع أجزائِها، والولَدُ جُزؤُها، فيَعتِقُ مَقصودًا، فلا يَنتقِلُ وَلاؤُه عنه؛ لظاهِر ما رَوَينا.

وكذا إن وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ من حينَ أُعتِقت؛ لأنّا تَيقَّنّا أنه كان مَوجودًا في البَطن حينَ أُعتِقت.

وكذا إن وَلَدت ولَدَين أحَدُهما لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ؛ لأن التَّوأمَين خُلِقا من ماءٍ واحِدٍ، فمن ضَرورة التَّيقُّنِ بوُجود أحَدِهما حينَ أُعتِقت التَّيقُّنُ بوُجود الآخرِ.

---

(١) أي حديث: «الولاء لمن أعتق».

ونص الحديث كمَلًا كما عند البخاري: عن الأسود عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أنها أرادت أن تشتري بريرة للعتق، وأراد مواليها أن يشترطوا ولاءها، فذكرت عائشة للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال لها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اشتريها، فإنما الولاء لمن أعتق».

(٢) قال ابن الأثير في «جامع الأصول» ٩/ ٦٣٥: السائبة: كان الرجل في الجاهلية إذا أعتق عبدًا فقال: هو سائبة.. فلا عقل بينهما ولا ميراث، وأصله: من تسييب الدواب، وهو إرسالها حيث شاءت.

وهذا بخِلاف ما إذا وَالت رَجُلًا وهي حُبلى، والزَّوجُ وَالى غيرَه؛ حيث يَكونُ وَلاءُ الولَدِ لِمَولى الأبِ؛ لأن الحَمْلَ لا يَقبَلُ هذا الوَلاءَ قصدًا؛ لأن تَمامَه بالإيجاب والقَبولِ، والجَنينُ ليس من أَهله، وهنا الجَنينُ بصَدَد أن يَعتِقَ قصدًا، بأن يَقولَ: (أعتقتُ حَمْلَ هذه الأمةِ)، فكذا إذا أعتقَها وهو مُتَّصِلٌ بها.

فإن وَلَدت بعدَ عِتقِها لأكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ: فوَلاؤُه لِمَولاها، فإن عَتَق: جَرَّ إلى مَولاه[1]، ولا يَرجِعُ بما عَقَل على مَولاه.

فإن وَلَدت بعدَ عِتقِها لأكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ ولَدًا: فوَلاؤُه لِمَولى الأُمِّ؛ لأنه عَتَق تَبَعًا للأُمِّ؛ لاتِّصاله بها، فيَتبَعُها في الوَلاء، فإن أُعتِق الأبُ جَرَّ وَلاءَ ابنِه إلى مَوالِيه، وانتَقَل عن مَوالِي الأُمِّ.

والأصلُ: أن العِتقَ متى ثَبَت قصدًا لا يَنتقِلُ الوَلاءُ، كما فيما تَقدَّم، ومتى ثَبت بطَريق التَّبعيَةِ يَنتقِلُ.

ثم هنا العِتقُ ثَبَت في الوَلَد تَبَعًا للأُمِّ؛ لأنّا لم نَتيقَّن بقِيامه وقتَ الإعتاقِ، حتى يَعتِقُ مَقصودًا، فإذا تَبِعها في العِتق تَبِعها في الوَلاء أيضًا؛ لعَدَم أهلِيّةِ الأبِ، فإذا صار الأبُ أهلًا بالإعتاق عاد الوَلاءُ إليه؛ وهذا لأن الوَلاءَ بمَنزلِة النَّسَبِ، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الوَلاءُ لُحمةٌ كلُحمة النَّسَبِ، لا يُباعُ، ولا يُوهَبُ، ولا يُورَثُ»[2].

ثم الولَدُ يُنسَبُ إلى أبيه، فكذا في الوَلاء يَكونُ مَنسوبًا إلى من يُنسَبُ إليه أبُوه،

---

(١) جر الولاء: قال السيد: صورة جر معتَق معتَقهن الولاء: أن امرأة أعتقت عبدًا فاشترى العبد المعتَق عبدًا وزوجه بمعتَقة غيره، فولد بينهما ولد هو حر، وولاؤه لمولى أمه، فإذا أعتق ذاك العبد المعتَق عبدًا جر بإعتاقه ولاء ولد معتَقه إلى نفسه ثم إلى مولاته. «التعريفات الفقهية» ص٧٠.

(٢) تقدم تخريجه.

والأبُ بعدَ العِتقِ يُنسَبُ بالوَلاءِ إلى مُعتِقِه، فكذا ولَدُه؛ ألا تَرى أن ولَدَ المُلاعَنةِ يُنسَبُ إلى قَومِ أُمِّه[1] للضَّرورة، فإذا ظَهَر له نسَبٌ من جانِبِ الأبِ، بأن أكذَبَ المُلاعِنُ نفسَه: صار الولَدُ مَنسوبًا إليه، فكذا في الوَلاء.

فإن قِيل: الوَلاءُ كالنَّسب، والنَّسبُ لا يَحتمِلُ الفسخَ بعدَ ثُبوتِه، فكذا الوَلاءُ يَجِبُ أن لا يَنفسِخَ بعدَ ثُبوتِه.

قُلنا: لا يَنفسِخُ، ولكن حَدَث وَلاءٌ أَولى منه، فقُدِّم عليه، كما نَقولُ في الأخ: إنه عَصَبةٌ، فإذا حَدَث من هو أَولى منه في الإرث لا يَبطُلُ تَعصيبُه، ولكنه يُقدَّمُ عليه.

وهذا بخِلاف ما إذا أُعتِقت المُعتدّةُ، فوَلَدت لأقَلَّ من سَنتَين من وَقت الموتِ أو الطَّلاقِ؛ حيث يَكونُ الولَدُ مَولًى لِمَوالي الأُمِّ وإن أُعتِق الأبُ؛ لتَعذُّر إضافةِ العُلوقِ إلى ما بعدَ الموتِ؛ لاستِحالة العُلوقِ من الميْت، وإلى ما بعدَ الطَّلاقِ.

أما إذا كان بائِنًا: فلحُرمة الوطءِ بعدَه.

وأما إذا كان رَجعيًّا: فلئلا يَصيرَ مُراجِعًا بالشَّكّ؛ وهذا لأنه لو حُمِل وطؤُه في العِدّة يَصيرُ مُراجِعًا، ولو حُمِل على ما قبلَ الطَّلاقِ لا يَصيرُ مُراجِعًا، فلا يَصيرُ مُراجِعًا بالشَّكّ، فأُسنِد إلى حالة النِّكاحِ، فكان الحملُ موجودًا عندَ إعتاقِ الأُمِّ، فيَعتِقُ مَقصودًا، فلا يَنتقِلُ.

وما وَقَع في نُسَخ «الهِدايةِ»: (فجاءت بالوَلَد لأكثَرَ من سَنتَين): لا يَكادُ يَصِحُّ، والصَّحيحُ ما ذَكَر في «شَرح الطَّحاويِّ»: لأقَلَّ من سَنتَين، كما ذَكَرتُ، وعليه يَدُلُّ التَّعليلُ المَذكورُ فيها، فالظّاهرُ أنه وَقَع من الكُتّاب[2].

---

(١) في (ب): أبيه.

(٢) في (هـ): الكاتب.

وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: مُعتَقةٌ تزوَّجت بعبدٍ، فولَدت منه أولادًا، فجَنى الأولادُ: فعقلُهم على مَوالي الأُمِّ؛ لعِتقهم تبَعًا لأُمِّهم، ولا عاقِلةَ للأَب ولا مَواليَ، فأُلحِق وَلاؤُهم بمَوالي الأُمِّ ضَرورةً، كنَسَب ولَدِ الْمُلاعَنةِ، فيَكونُ عقلُه عليهم، فإن أُعتِق الأبُ جَرَّ وَلاءَ الأولادِ إلى نَفسه؛ لأنه صار له وَلاءٌ، فزال المانِعُ، فيَجُرُّ الوَلاءَ، كما بيَّنَّا، ولا يَرجِعون على عاقِلة الأبِ بما عَقَلوا.

بخِلاف ولَدِ الْمُلاعَنةِ إذا عَقَل عنه قومُ الأُمِّ، ثم أكذَب الْمُلاعِنُ نفسَه؛ حيث يَرجِعون على عاقِلة الأبِ.

والفرقُ: أن النَّسَبَ إنما يَثبُتُ من وَقت العُلوقِ لا من وَقت الإكذابِ؛ فإنه لا يُتصوَّرُ أن لا يَكونَ عندَ العُلوقِ ولَدًا لإنسانٍ، ثم يَصيرَ ولَدًا له بعدَه، فتَبيَّن أن النَّسَبَ كان ثابِتًا من الأَب حينَ جَنى، وأن مُوجَبَ جِنايتِه كان على عاقِلته، وقد أُجبِر عاقِلةُ الأُمِّ على الأَداء، فيَرجِعون عليهم بذلك.

فأما ههنا: فوقتَ الجِنايةِ عاقِلتُهم مَوالي الأُمِّ، وإنما يَثبُتُ الوَلاءُ لقَوم الأبِ[1] مَقصورًا على زَمان عَتقِ الأبِ؛ لأن سببَه -وهو عَتقُ الأبِ- مَقصورٌ غيرُ مُستنِدٍ إلى وقتٍ سابِقٍ، فكذا حُكمُه، فلم يَتبيَّن أن قومَ الأُمِّ قَضوا دَينًا على مَوالي الأبِ، فلهذا لا تَرجِعُ عاقِلةُ الأُمِّ على مَوالي الأبِ بشيءٍ.

عَجَميٌّ[2] نكَح مُعتَقةً[3]، فوَلَدت: فوَلاءُ وَلَدِها لِمَواليها(س)، وإن كان له وَلاءُ

(١) في (ب): الأم.

(٢) العجم بفتحتين: خلاف العرب، والعُجْم -وِزان قُفل-: لغة فيه، الواحد عجمي، مثل زنج وزنجي وروم ورومي، فالياء للوحدة، وينسب إلى العجم بالياء، فيقال للعربي: هو عجمي، أي منسوب إليهم. «المصباح» ٢/ ٣٩٤.

(٣) في (ع): أنكح معتقه.

الْمُوالاةِ[1].

حُرٌّ عَجَمِيٌّ نكَح مُعتَقةً ولم يُعتِقه أحدٌ، فوَلَدت: فوَلاءُ ولَدِها[2] لِمَواليها، وكذا إن كان الأبُ وَالى رَجُلًا، وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ في الفَصلَين: لا يَكونُ الولَدُ مَولًى لِمَوالي الأُمِّ، ولكنه مَنسوبٌ إلى قَوم أَبِيه؛ لأنه كالنَّسَب، والنَّسَبُ إلى الآباء، وإن كان جانِبُ الأُمِّ أشرَفَ، بأن كانت عَرَبيّةً والأبُ عَجَميًّا؛ ألا تَرى أنه لو كان الأبُ حُرًّا عَرَبيًّا كان الولَدُ مَنسوبًا إلى قَوم أَبِيه، ولا يَكونُ مَولًى لِمَوالي أُمِّه، فكذا إذا كان أعجَميًّا، ووَلاءُ الْمُوالاةِ وإن كان أضعَفَ من وَلاء العَتاقةِ فهو من جانِب الأبِ، وجانِبُه أَقوى من جانِبها.

بخِلاف ما إذا كان الأبُ عبدًا؛ لأن الرَّقيقَ هالِكٌ حُكمًا، فصار كأنه لا أبَ له، فيَكونُ مَنسوبًا إلى مَوالي الأُمِّ ضَرورةً.

ولهما: أن وَلاءَ العَتاقةِ قويٌّ مُعتبَرٌ في حقِّ الأحكامِ، حتى اعتُبِرت الكَفاءةُ فيه، والنَّسَبُ في حقِّ العجَمِ ضَعيفٌ؛ لأن العجَمَ ضَيَّعوا أنسابَهم، ولهذا لم تُعتبَر الكَفاءةُ فيما بينَهم بالنَّسَب؛ لأن تَفاخُرَهم[3] ليس بالنَّسَب، ولكن تَفاخُرُهم[4] قبلَ الإسلامِ بعِمارة الدُّنيا، وبعدَ الإسلامِ بالإسلام، كما أَشار إليه سَلمانُ[5].

---

(١) ولاء الموالاة: سببه العقد الذي يجري بين اثنين، وصورة مولى الموالاة: شخص مجهول النسب قال لآخر: أنت مولاي، ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت، وقال الآخر: قبلت. «الدستور» ٣/ ٣٢٢.

(٢) في (هـ): فولاؤها.

(٣) في (هـ): تناصرهم.

(٤) في (هـ): تناصرهم.

(٥) حيث كان لقبه سلمان ابن الإسلام، كما في الطبراني (٦٠٦١) عن أبي هريرة قال: حدثني =

وكذا وَلاءُ الْمُوالاةِ أضعفُ، ولهذا يَقبَلُ الفسخَ، ووَلاءُ العَتاقةِ لا يَقبَلُه، والضَّعيفُ لا يَظهَرُ في مُقابَلة القويِّ، بخِلاف ما إذا كان الأبُ عَربيًّا؛ لأن نسَبَ العرَبِ قويٌّ مُعتبَرٌ في حُكم الكَفاءةِ والعقلِ؛ لأن تَناصُرَهم[1] به، ولو كان الأبَوان مُعتِقَين فالنِّسبةُ[2] إلى قَوم الأبِ؛ لأنهما استَويا، فرَجَّحنا جانِبَ الأبِ بالأُبوّة؛ لأنه شَبيهٌ بالنَّسب، أو[3] لأن النُّصرةَ بقَوم الأبِ[4] أكثَرُ.

والْمُعتِقُ قُدِّم على ذِي الرَّحِمِ، ولا يَرِثُ أبُوه(س) وابنُ ابنِه مع ابنِه.

والْمُعتِقُ آخِرُ العَصَباتِ مُقدَّمٌ على ذَوي الأرحامِ، فكان أحقَّ بالْمِيراث من العَمّة والخالةِ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لذلك الرَّجُلِ الذي اشتَرى عبدًا فأعتَقَه: «هو أخُوك -أي في الدِّين، قال اللهُ تَعالى: ﴿فَإِخْوَانُكُمْ فِي ٱلدِّينِ﴾- ومَولاك[5]، فإن[6] شَكَرك -أي بالْمُجازاة على ما صَنَعتَ إليه- فهو خيرٌ له -لأنه انتَدَب إلى ما نُدِب إليه في الشَّرع، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من أُزِلَّتْ[7]..

=سلمان ابن الإسلام... وفي «أسد الغابة» ٢/ ٥١٠: سلمان الفارسي، أبو عبد الله، ويعرف بسلمان الخير، مولى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وسئل عن نسبه، فقال: أنا سلمان ابن الإسلام.

(١) في (د): تفاخرهم.

(٢) في (ج): فالنسب.

(٣) في (د): و.

(٤) في (ج): تقوم بالأب.

(٥) في (ب) و(هـ): ومواليكم.

(٦) في (ج): إن.

(٧) الزَّلّة: اسم العطية، يقال أزللت إليه إزلالاً: إذا أعطيته أو أسديت إليه صنيعًا، وفي الحديث: «من أُزِلَّت إليه نعمةٌ فليشكرها»، أي من صنعت عنده نعمة، وقال ابن القطاع أيضًا: أزللت إليه من الطعام=

إليه[1] نِعمةٌ فلْيَشكُرها»[2]- وشرٌّ لك -لأنه يَصِلُ إليك بعضُ الجَزاءِ في الدُّنيا، فيَنتقِصُ بقَدْره من ثَوابك في الآخِرة-، وإن كَفَرك فهو خيرٌ لك -لأنه يَبقى ثَوابُ العمَلِ كلُّه لك في الآخِرة- وشرٌّ له -لأن كُفرانَ النِّعمةِ مَذمومٌ، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من لم يَشكُر النّاسَ لم يَشكُر الله»[3]-، وإن مات ولم يَترُك وارِثًا كُنتَ أنتَ عَصبَته»[4].

ووَرَّث[5] ابنةَ حَمزةَ على سَبيل العُصوبةِ مع قِيامِ بِنتِ الْمُعتِقِ[6]؛ لأن الباقِيَ بعدَ

= وغيره: أي أعطيته، وعلى هذا فالقياس أن يكون اللازم زَلَّ يَزِلُّ، من باب ضرب، إذا أخذه، وعليه قول الفقهاء: ويَزِلُّ إن علم الرضا، أي يأخذ من الطعام. «المصباح» ١/ ٢٥٤.

(١) في (هـ): له.

(٢) رواه البيهقي في «الشعب» (٨٦٩٤) -ولفظه في المطبوعة: أزلقت-، والقضاعي (٣٧٦)، والخرائطي في «فضيلة الشكر» (٩٢)، ورواه مسدد في «مسنده» -كما في «المطالب العالية» (١١/ ٥٦١)- بلفظ: «من أُزِلَّت إليه نعمة من الحق فعليه أن يجزي بها، فإن لم يكن عنده جزاؤها فليظهر الثناء، فإن لم يفعل فقد كفر». وأراد بقوله: «فقد كفر» كفران النعمة، كما في «شرح السنة» للبغوي ١٣/ ١٨٦.

(٣) رواه الإمام أحمد (٧٥٠٤)، والترمذي (١٩٥٥).

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٥٣: رواه الدارمي في «مسنده» (٣٠٥٥) أخبرنا يزيد بن هارون عن الأشعث عن الحسن: أن رجلًا أتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برجل، فقال: إني اشتريت هذا فأعتقته، فما ترى فيه؟ قال: «أخوك ومولاك، إن شكرك فهو خير له وشر لك، وإن كفرك فهو شر له، وخير لك»، قال: فما ترى في ماله؟ قال: «إن مات ولم يدع وارثًا فلك ماله». انتهى، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٦٢١٤) أخبرنا ابن عيينة عن عمرو بن عبيد عن الحسن قال: أراد رجل أن يشتري عبدًا، فلم يُقض بينه وبين صاحبه بيعٌ، وحلف رجل من المسلمين بعتقه، فاشتراه فأعتقه، فذكره للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «إن شكرك فهو خير له وشر لك، وإن كفرك فهو شر له وخير لك»، قال: فكيف بميراثه؟ فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «إن لم تكن له عصبة فهو لك». انتهى.

(٥) في (ب): وورثه، (د): وورثت.

(٦) تقدم تخريجه.

نَصيبِ صاحِبِ الفرضِ للعَصَبة، فتبيَّن بهذا أن الْمُعتِقَ عَصَبةٌ، والعَصَبةُ مُقدَّمٌ على ذَوي الأرحامِ، وهو الْمَرويُّ عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1].

فإن كان للمُعتِقِ عَصَبةٌ من النَّسَب فهو أَولى؛ لأن الْمُرادَ بقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ولم يَترُك وارِثًا»[2]: وارِثُ عَصَبةٍ؛ بدَليل حَديثِ تَوريثِ بِنتِ حَمزةَ[3]، فكان آخِرُ العَصَباتِ مُقدَّمًا على ذَوي الأرحامِ.

وإن لم يكن له عَصَبةٌ من النَّسَب.. فإن كان هناك صاحِبُ فرضٍ: فله الباقِي بعدَ فرضِه، وإن لم يكن صاحِبَ فرضٍ: فمِيراثُه للمُعتِقِ؛ وهذا لأنه عَصَبةٌ، وهو: من يَأخُذُ ما أبقَتْه الفَرائضُ، وعندَ الانفِرادِ يُحرِزُ[4] جَميعَ المالِ، ولا يَرِثُ أَبُوه[5] وابنُ ابنِه مع ابنِه، أي لو تَرَكَ الْمَولى أبًا وابنًا فمِيراثُ الْمُعتِقِ لابن الْمُعتِقِ خاصّةً عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وهو قولُ أبي يوسف الأوَّلُ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٥٤: قوله: روي عن علي تقديمه على ذوي الأرحام -يعني مولى العتاقة-: قلت: غريب عن علي، وأخرجه عبد الرزاق عن زيد بن ثابت، فقال (١٦٢٠٧): أخبرنا معمر عن قتادة عن زيد بن ثابت: كان يورث الموالي -ولفظه في «المصنف» المال بدل الموالي- دون ذوي الأرحام. انتهى. وأخرج عن علي خلاف ذلك، فقال: أخبرنا الثوري أخبرني منصور عن حصين عن إبراهيم قال: كان عمر وابن مسعود يورثان ذوي الأرحام دون الموالي، قلت: فعلي بن أبي طالب؟ فقال: كان أشدهم في ذلك. انتهى.

قلت: ورواه كذلك سعيد بن منصور (١٨١) عن إبراهيم قال: كان عمر وابن مسعود يورثان الأرحام دون الموالي، قيل: فعلي؟ قال: كان أشدهم في ذلك.

(٢) أي في الحديث الآنف الذكر.

(٣) المتقدم تخريجه آنفًا.

(٤) في (هـ): يحوز.

(٥) في (أ): أبواه.

وعندَ أبي يوسف آخِرًا: للأب سُدُسُ المالِ، والباقِي للابن؛ لأن الأبَ عَصبةٌ، إلا أنه مع الابنِ صاحِبُ فرضٍ، فيُجعَلُ مِيراثُ الْمُعتِقِ بينَهما، كمِيراث الْمُعتِقِ لو مات، فيَكونُ للأَب السُّدُسُ، والباقِي للابن.

ولهما: أن أقرَبَ عَصَبةِ الْمُعتِقِ يَقومُ مَقامَ الْمُعتِقِ بعدَ موتِه في مِيراث الْمُعتِقِ، والابنُ أقرَبُ عُصوبةً.

وكذا الوَلاءُ للجدِّ دونَ الأخِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه أقرَبُ عُصوبةً عندَه، وكذا الوَلاءُ لابن الْمُعتِقةِ، حتى يَرِثُه دونَ أخِيها[1]، أي لو أعتَقت امرَأةٌ عبدًا، ثم ماتت وتَركت ابنَها وأَخاها، ثم مات العبدُ ولا وارِثَ له غيرُهما: فالْمِيراثُ للابن؛ لأنه أقرَبُ عَصَبتِها.

وإن جَنى جِنايةً: فعقلُه على عاقِلة الأخِ؛ لأن جِنايةَ مُعتِقِها كجِنايتها، وجِنايتُها على قَوم أبِيها[2]، فكذا جِنايةُ مُعتِقِها، وابنُها ليس من قَوم أبِيها.

ولو تَرَكَ الْمَولى ابنًا وبَني ابنِ آخرَ: فمِيراثُ الْمُعتِقِ للابن دونَ بَني الابنِ.

وصُورتُه: رَجُلٌ أعتَق عبدًا، ثم مات وتَرَكَ ابنَين، ثم مات أحدُ الابنَين وتَرَكَ ابنًا، ثم مات الْمُعتِقُ: فمِيراثُه لابن الْمُعتِقِ لصُلبه دونَ ابنِ ابنِه؛ لأن ابنَ الْمُعتِقِ لصُلبه أقرَبُ إلى الْمُعتِقِ من ابن ابنِه.

والأصلُ فيه: ما رُوِي عن عمرَ، وعليٍّ، وابنِ مَسعودٍ، وأُبيٍّ، وزيدٍ، وأُسامةَ[3]، رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ أجمَعين...

---

(١) في (ب): أختها، وفي (أ) و(د): غير منقوطة.

(٢) غير منقوطة في الأصول.

(٣) في (ب) و(د): وابن مسعود وأبي ذر وأسامة، وفي (هـ): وأبي أمامة وزيد.

أنهم قالُوا: الوَلاءُ للكُبْر[1]، أي لأكبَر أولادِ الْمُعتِقِ، والْمُرادُ: أقرَبُهم منه نسَبًا لا أكبَرُهم سِنًّا.

وليس للنِّساء من الوَلاء إلا ما أعتَقْنَ، أو أعتَق من أعتَقْنَ، أو كاتَبْنَ، أو كاتَب من كاتَبْنَ.

ومِيراثُ الْمُعتِقِ لبني الْمَولى[2] دونَ بَناتِه.

وليس للنِّساء من الوَلاء إلا ما أعتَقْنَ أو أعتَق من أعتَقْنَ، أو كاتَبْنَ أو كاتَب من كاتَبْنَ[3].

وقد رُوِي مَرفوعًا إلى رَسول اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بهذا اللَّفظِ، وفي آخِره: «أو جَرَّ وَلاءَ مُعتِقِهنّ»[4]، وقد بَيَّنّا صُورةَ الجرِّ.

---

(١) روى الإمام محمد في «الأصل» ٦/ ٣٥٣: عن أبي يوسف عن الأعمش عن إبراهيم النخعي عن عبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنهما قالا: الولاء للكُبْر.

وروى عن يعقوب عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وأبي بن كعب وزيد بن ثابت وأبي مسعود الأنصاري وأسامة بن زيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنهم قالوا: الولاء للكُبْر.

وروى الدارمي (٣٠٦٥) عن الشعبي عن عمر وعلي وزيد -قال: وأحسبه قد ذكر عبد الله أيضًا- أنهم قالوا: الولاء للكُبْر. يعنون بالكبر: ما كان أقرب بأب أو أم.

ورواه عبد الرزاق (١٦٢٣٨) عن عمر وعلي وزيد، وابن أبي شيبة (٣١٥٥٩) وما بعده عن عمر وعلي وعبد الله وزيد، والبيهقي (٢١٤٩٣) عن عمر وعثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وأيضًا (٢١٤٩٦) عن علي وعبد الله وزيد.

(٢) في (هـ): المعتق.

(٣) في (هـ): أو دبرن أو دبر من دبرن.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٥٤: غريب، وأخرجه البيهقي (٢١٥١١) عن علي، وعبد الله،=

ولأن سبَبَ النِّسبةِ للوَلاء إحداثُ قُوّةِ المالِكيّةِ بالعَتق، وقد تَحقَّق ذلك منها كما يَتحقَّقُ من الرَّجُل، بخِلاف النَّسَبِ؛ فإن سببَه الفِراشُ، وصاحِبُ الفِراشِ الرَّجُلُ لا[1] الْمَرأةُ؛ لأنها مَملوكةٌ، فلا تكونُ صاحِبةَ الفِراشِ، ولأنها[2] أصلٌ في هذا الوَلاءِ؛ لِمُباشَرتها سببَه.

وكما أن الْمَرأةَ في مِلك المالِ تُساوِي الرَّجُلَ فكذا فيما يَترتَّبُ عليه، بخِلاف النَّسَبِ؛ فإن سببَه -وهو الفِراشُ- يَثبُتُ بالنِّكاح في الأَصل، والْمَرأةُ لا تُساوِي الرَّجُلَ في مِلك النِّكاحِ؛ لأنها بصِفة الأُنوثةِ مَملوكةٌ نِكاحًا، فلا تكونُ مالِكةً[3] نِكاحًا.

وإذا ثَبَت أنها أصلٌ في هذا الوَلاءِ كان مِيراثُ مُعتِقِها لها، وكذا مِيراثُ مُعتِقِ مُعتِقِها؛ لأن مُعتِقَ الْمُعتِقِ يُنسَبُ إلى مُعتِقه بالوَلاء، وليس حُكمُ مِيراثِ الْمُعتِقِ مَقصورًا على بَني الْمَولى، بل هو لعَصَبته الأقرَبِ فالأقرَبِ؛ لأن الوَلاءَ لا يُورَثُ؛ لِما رَوَينا[4]، فكان استِحقاقُ الإرثِ بالوَلاء لمن هو مَنسوبٌ إليه حَقيقةً، ثم يَخلُفُه فيه أقرَبُ عَصَبتِه كما يَخلُفُه في ماله؛ وهذا لأن السَّبَبَ هو النُّصرةُ كما بَيَّنّا، والنُّصرةُ لا تَحصُلُ بالنِّساء، وإنما تَحصُلُ بالعَصَبات؛ ألا تَرى أن النِّساءَ لا يَدخُلْنَ في العاقِلة عندَ تَحمُّلِ أَرْشِ الجِنايةِ، فكذا هنا.

=وزيد بن ثابت، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: أنهم كانوا يجعلون الولاء للكُبر من العصبة، ولا يورثون النساء إلا ما أعتقن، او أعتق من أعتقن.

(١) في (ج): دون.

(٢) في (هـ): ولا. وانظر «المبسوط» ٨/ ٨٤.

(٣) في (ب): مملوكة.

(٤) أي قوله: (وليس للنِّساء من الوَلاء...).

فصل في ولاء الموالاة

أسلَم على يَد رَجُلٍ، ووالاه على أن يَرِثَه ويَعقِلَ عنه، أو على يَد غيرِه، ووالاه: صحّ(ف)، وعقلُه على مَولاه(ف)، وإرثُه له(ف) إن لم يكن له وارِثٌ.

وهو آخِرُ ذَوِي الأرحامِ.

أسلَم رَجُلٌ على يَد رَجُلٍ، ووَالاه على أن يَرِثَه ويَعقِلَ عنه، أو أسلَم على يَد غيرِه ووَالاه: صَحَّ الوَلاءُ، وعقلُه على مَولاه.

فإن مات ولا وارِثَ له غيرُه: فمِيراثُه للمَولى.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الْمُوالاةُ ليست بسبَبٍ للإرث أصلًا؛ لأن الإرثَ مُتعلّقٌ بالقَرابة أو الزَّوجيّةِ[1] بالنَّصّ[2]، أو بالعَتق بالحَديث[3]، ولم يُوجَد واحِدٌ منهما.

ولأنه لولا الوَلاءُ لكان إرثُه لبَيت المالِ، فكان هذا تَصرُّفًا قُصِد به تَغييرُ وضعِ الشَّرعِ، فلا يَصِحُّ، ولهذا لا يَصِحُّ على الوَرَثة، فكذا على بَيت المالِ؛ لأنه بمَنزِلة الوَرَثةِ عندَ عدَمِهم، ولهذا لا تَصِحُّ الوصِيّةُ بكلِّ المالِ عندَه، وإن لم يكن للمُوصِي وارِثٌ؛ لحقِّ بيتِ المالِ، وإنما يَصِحُّ في[4] الثُّلُث.

---

(١) في (ب): والزوجية.

(٢) أي في آيات الميراث.

(٣) كالحديث المتقدم: «الولاء لمن أعتق»، والحديث المتقدم قريبًا: «وإن مات ولم يَترُك وارِثًا كُنتَ أنتَ عَصَبتَه».

(٤) في (أ): من.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣]، أي نَصيبَهم من المِيراث، والمُرادُ به: المُوالاةُ، وليس المُرادُ بقَوله: ﴿عَقَدَتْ[١] أَيْمَٰنُكُمْ﴾ القَسَمَ، بل المُرادُ الصَّفْقةُ؛ إذ المُعتادُ أن المُتعاقِدَين يَأخُذُ كلُّ واحِدٍ منهما بيَمين صاحِبِه إذا عاقَده.

وقد سَأل تَميمٌ الدّاريُّ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن رَجُلٍ أسلَم على يَد رَجُلٍ ووَالاه، فقال: «هو أحقُّ النّاسِ به مَحياه ومَماتَه»[٢]، أي يَعقِلُ عنه حالةَ الحَياةِ، ويَرِثُه بعدَ المَماتِ.

وعن عمرَ، وعليٍّ، وابنِ مَسعودٍ، وابنِ عبّاسٍ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ.. أنهم قالُوا بالتَّوريث لوَلاء[٣] المُوالاةِ[٤]، ولم يُرْوَ عن غَيرهم خِلافُه.

---

(١) في (هـ): عاقدت. قال في «إتحاف فضلاء البشر» ص٢٤٠: واختلف في «عاقدت» فعاصم وحمزة والكسائي وكذا خلف بغير ألف، وافقهم الأعمش، أسند الفعل إلى الإيمان وحذف المفعول، أي عهودهم، والباقون بالألف من باب المفاعلة، أي ذوو أيمانكم ذوي أيمانهم، أو تجعل الأيمان معاقِدة ومعاقَدة، والمعنى عاقدتهم وماسحتهم أيديكم، كان الحليف يضع يمينه في يمين صاحبه ويقول: دمي دمك وثاري ثارك وحربي حربك وترثني وأرثك، فكان يرث السدس من مال حليفه، فنسخ بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ...﴾ إلخ، وعن المطوعي تشديد القاف. انتهى.

(٢) رواه البخاري معلقًا ٨/ ١٥٥، وقال: واختلفوا في صحة هذا الخبر. ورواه أبو داود (٢٩١٨)، والترمذي (٢١١٢)، وابن ماجه (٢٧٥٢)، جميعهم بلفظ «أولى» بدل «أحق».

ورواه الطبراني (١٢٧٢) بلفظ: «أنت أحق الناس بمحياه ومماته».

(٣) تحتمل في (أ): بولاء.

(٤) روى ابن أبي شيبة (٢٧٥٨٦) عن مجاهد: أن رجلاً أتى عمر فقال: إن رجلاً أسلم على يدي فمات وترك ألف درهم، فتحرجت منها، فرفعتها إليك، فقال: أرأيت لو جنى جناية، على من كانت تكون؟ قال: عليَّ، قال: فميراثه لك. =

ولأنه متى استَغنى عن ماله صَرَفه[1] إلى أقرَب النّاسِ إليه، وهو أقرَبُ النّاسِ إليه باختِيارِه، والصَّرفُ إلى بَيت المالِ لا لأنه مُستحِقٌّ، بل لضَرورة عدَمِ الْمُستحِقِّ، وله مُستحِقٌّ هنا، وهو آخِرُ ذَوي الأرحامِ، حتى لو كان له وارِثٌ فهو أَولى منه، وإن كانت عمّةً أو خالةً أو غيرَهما من ذَوي الأرحامِ؛ لأن الْمُوالاةَ عقدُهما[2]، فلا يَملِكُ إبطالَ حقِّ الْمُستحِقِّ عن ماله بعَقده، وذو الرَّحِمِ وارِثٌ مُستحِقٌّ، فلا يَملِكُ إبطالَ حقِّه بعَقده.

وإنما يَصِحُّ وَلاءُ الْمُوالاةِ بشَرائطَ:

منها: أن يَشترِطا[3] الْمِيراثَ والعقلَ؛ لأن عقدَ الْمُوالاةِ يَقَعُ على ذلك، فلا بُدَّ من ذِكره، ولو شَرَطا[4] الإرثَ من الجانِبَين كان كذلك، ويَتوارَثان من الجانِبَين.

= وروى سعيد بن منصور (٢٠٩) عن عمرو بن شعيب: أن عمر بن الخطاب كتب إلى عمرو بن العاص: إنك كتبت تسألني عن قوم دخلوا في الإسلام في خفه الإسلام فماتوا، قال: ترفع أموال أولئك إلى بيت مال المسلمين، وكتبت تسألني عن الرجل يسلم فيعاد القوم ويعاقلهم، وليس له فيهم قرابة ولا لهم عليه نعمة، فاجعل ميراثه لمن عاقل وعاد.

وروى الإمام محمد في «الأصل» ٦/ ٣٧٢ عن أبي يوسف عن الربيع بن أبي صالح قال: حدثنا زياد عن علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن رجلًا من أهل الأرض أتاه يواليه فأبى علي ذلك، فأتى ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فوالاه. ورواه عبد الرزاق (١٦١٥٧)، وابن أبي شيبة (٣١٥٨٢).

وروى ابن أبي شيبة (٣١٥٨٠) عن مسروق قال: كان فينا رجل نازل أقبل من الديلم، فمات وترك ثلاثمائة درهم، فأتيت ابن مسعود فسألته، فقال: هل له من رحم، أو هل لأحد منكم عليه عقد ولاء؟ قلنا: لا، قال: فههنا وَرِثَه كثير، يعني بيت المال.

وروى سعيد بن منصور (٢١٢) عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في الرجل يسلم فيوالي قومًا أن لهم ميراثه وجنايته عليهم.

(١) في (أ) و(ج): فله صرفه.

(٢) في (ب) و(د): عقدها.

(٣) في (ج) و(هـ): يشترط.

(٤) في (هـ): شرط.

بخِلاف وَلاءِ العَتاقةِ؛ فإنه يَرِثُ الأعلى من الأسفَل، ولا يَرِثُ الأسفَلُ من الأعلى؛ لأن سببَه الإحياءُ، وذا وُجِد من الأَعلى في حقِّ الأسفَلِ، ولم يُوجَد من الأسفَل في حقِّ الأَعلى، وهنا السَّببُ هو العقدُ والشَّرطُ، فعلى الوَجه الذي وُجِد الشَّرطُ يَثبُتُ الحُكمُ.

ومنها: أن لا يَكونَ الْمَولى من العَرَب؛ لأن العَرَبيَّ له نُصرةٌ بنفسه[1] إلى قَبيلته، وذا آكَدُ من نُصرة الْمُوالاةِ؛ لأنه لا يَلحَقُه الفسخُ، والإسلامُ على يَده ليس بشرطٍ.

وكذا كونُه مَجهولَ النَّسَبِ عندَ البعضِ.

وذَكَر الشَّيخُ الإمامُ نجمُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في تَفسير سُورةِ النِّساءِ: أن كونَه مَجهولَ النَّسَبِ شرطٌ لِصحّة عقدِ الْمُوالاةِ، وللمَولى أن يَنتقِلَ عنه بوَلائه إلى غَيره ما لم يَعقِل عنه؛ لأن العقدَ غيرُ لازِمٍ، كالوصِيّة، ثم الوصِيّةُ يَلحَقُها الفسخُ، فكذا هذا.

ولكن إنما يُنقَضُ العقدُ بحَضرته: لأن العقدَ تَمَّ بهما، فلا يَفسَخُه أحَدُهما إلا بمَحضَرٍ من صاحِبه، كالشَّرْكة، والْمُضارَبةِ، والوَكالةِ.

وكذا للأعلى أن يَتبرَّأَ من وَلاء الأسفَلِ إذا كان بمَحضَرٍ منه؛ لأن العقدَ غيرُ لازِمٍ من الجانِبَين، فلكلِّ واحِدٍ منهما أن يَنفرِدَ بفَسخه بغَير رِضا صاحِبه بعدَ أن يَكونَ بمَحضَرٍ منه، كما في عَزل الوَكيلِ قصدًا.

وإن وَالى الأسفَلُ رَجُلًا آخرَ كان ذلك نقضًا للعَقد مع الأوَّلِ، وإن لم يكن بمَحضَرٍ منه؛ لأن انتِقاضَ العقدِ في حقِّ الأوَّلِ هنا ثَبَت حُكمًا لصِحّة العقدِ مع الثّاني، فصار كالعَزل الحُكميّ في الوَكالة، بأن أعتَقَ العبدَ الذي وَكَّله ببَيعه.

فإن قِيل: فلماذا يُجعَلُ صِحّةُ العقدِ مع الثّاني مُوجِبًا فسْخَ العقدِ الأوَّلِ؟

قُلنا: لأن الوَلاءَ كالنَّسَب، والنَّسَبُ ما دام ثابِتًا من إنسانٍ لا يُتصوَّرُ ثُبوتُه من غَيره..

---

(١) في (ج): بنسبته.

فكذا الوَلاءُ، فعَرَفنا أن من ضَرورة صِحّةِ العقدِ مع الثّاني بُطلانَ العقدِ الأوّلِ.

ولَه أن يَنتقِلَ عنه، ما لم يَعقِل عنه.

وإذا عَقَل عنه: لم يكن له أن يَتحوَّلَ بوَلائه إلى غَيره؛ لأنه تَأكَّد؛ لتَعلُّق حقِّ الغيرِ به، ولحُصول الْمَقصودِ به، ولاتِّصال القَضاءِ به.

ولأن وِلايةَ التَّحوُّلِ قبلَ أن يَعقِلَ عنه باعتِبار أنه عقدُ تَبرُّعٍ من حيث إنه يَتبرَّعُ بالقِيام بنُصرته وعقلِ جِنايتِه، فإذا عَقَل عنه صار كالعِوَض في الهِبة، وكذا لا يَتحوَّلُ ولَدُه بعدَ تَحمُّلِ الجِنايةِ من أبِيه.

وكذا إذا عَقَل عن وَلَده لم يكن لكلِّ واحِدٍ منهما أن يَتحوَّلَ؛ لأن الأبَ مع ولَدِه كشخصٍ واحِدٍ في حُكم الوَلاءِ.

ولم يُوالِ مُعتَقٌ أحَدًا.

وليس لِمَولى العَتاقةِ أن يُواليَ أحدًا؛ لأنه إن بَطَل[1] وَلاءُ العَتاقةِ بهذا الوَلاءِ فهو باطِلٌ؛ لأنه لازِمٌ لا يَحتمِلُ النَّقضَ؛ لأن سببَه العِتقُ، وهو لا يَحتمِلُ النَّقضَ بعدَ ثُبوتِه، وإن لم يَبطُل فلا يُفيدُ؛ لأن وَلاءَ الْمُوالاةِ أدنى، فلا يَظهَرُ مع الأقوى؛ ألا تَرى أن وَلاءَ العَتاقةِ ووَلاءَ الْمُوالاةِ لو كانا في شَخصَين يُقدَّمُ وَلاءُ العَتاقةِ في الإرث، فدَلَّ أنه لا حُكمَ له مع وُجودِ وَلاءِ العَتاقةِ.

والَت، فوَلَدت: تَبِعها(س م) فيه، وكذا إن أقَرَّت(س م) به وفي يَدها طِفلٌ.

وإن وَالت امرَأةٌ رَجُلًا، فوَلَدت ولَدًا لا يُعرَفُ له أبٌ: يَدخُلُ الولَدُ في وَلائها، وكذا إن أقَرَّت أنها مَولاةُ فُلانٍ، وفي يَدها طِفلٌ لا يُعرَفُ أبُوه: يَصِحُّ إقرارُها عليها وعلى

(١) في (ب) و(د): لأنه أبطل.

وَلَدها، ويَصيران من مَوالي فُلانٍ، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: لا يَثبُتُ وَلاءُ ولَدِها من مَولاها في الصُّورتَين؛ لأن الأُمَّ لا وِلايةَ لها في ماله، ففي نَفسه أَولى.

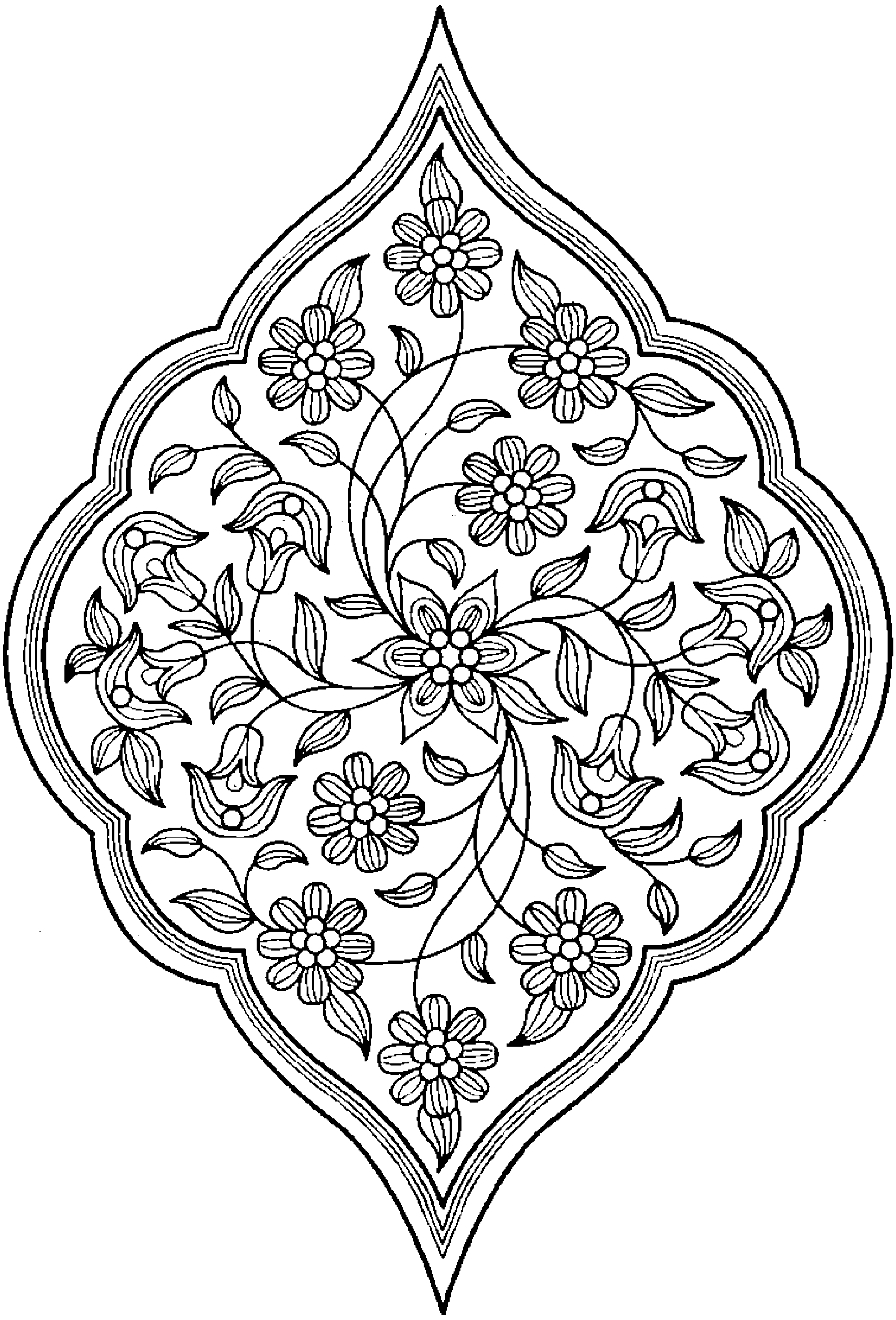
وله: أن الوَلاءَ كالنَّسَب، وهو نفعٌ مَحضٌ في حقِّ الطِّفلِ الذي لم يُدْرَ أبُوه، فتَملِكُه الأُمُّ، كقَبول الهِبةِ.

أقَرَّ أنه مُعتَقُ زَيدٍ، فكَذَّبه، أو قال: (واليَتني)، فأقَرَّ لغَيره: لا يَصِحُّ(س م).

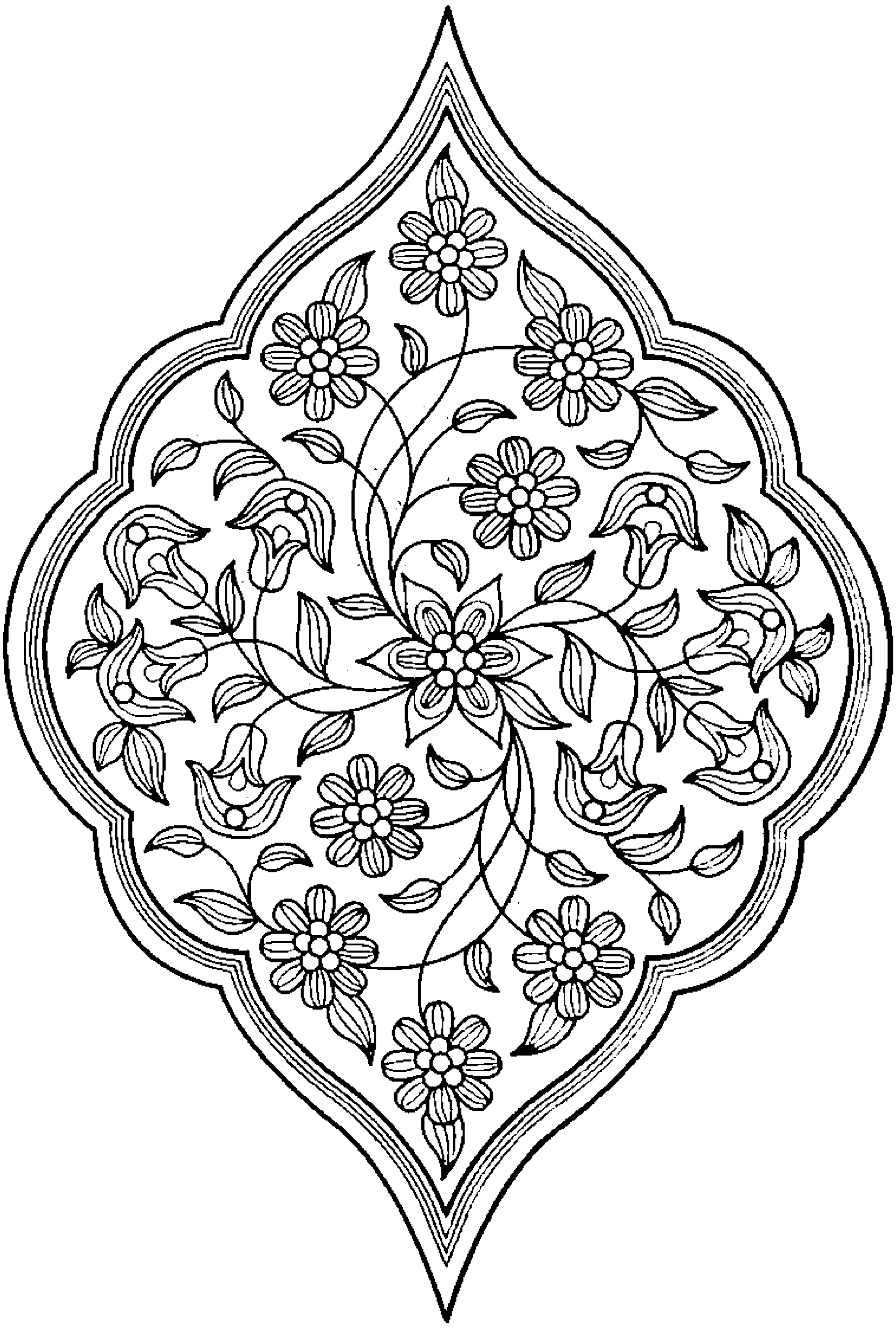
رَجُلٌ أقَرَّ أنه مُعتَقُ زيدٍ، فكَذَّبه الْمُقَرُّ له في الوَلاء أصلًا، أو قال: (لا، بل واليَتني)، فأقَرَّ الْمُقِرُّ لغَيره بالوَلاء: لا يَصِحُّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما.

لهما: أن إقرارَه بَطَل بتكذيب الْمُقَرِّ له، وصار كأن لم يكن، فله أن يَتحوَّلَ إلى غَيره.

وله: أنه أقَرَّ بما لا يَحتمِلُ النَّقضَ، فلا يَبطُلُ بردِّ الْمُقَرِّ له، كمن شَهِد على رَجُلٍ بنسَبٍ، فرُدَّت شَهادتُه لِمَعنًى، ثم ادَّعى الشّاهدُ أنه ابنُه: لم يَصِحَّ، كذا هذا، واللهُ أعلَمُ.



كِتَابُ الإِكْرَاهِ



كِتابُ الإكراهِ

كِتابُ الإكراهِ[1]

ما يُزِيلُ الرِّضا.

هو في اللُّغة: مَصدَرُ (أكرَهه): إذا حَمَله على أمرٍ يَكرَهُه ولا يُريدُه، والكَرْهُ بالفَتح: اسمٌ منه.

وفي الشَّرع: اسمٌ لِفعلٍ يَفعَلُه المرءُ بغَيره، فيَنتَفي به رِضاه.

ثم يَفسُدُ به اختِيارُه إن كان مُلجِئًا، وإلا لا يَفسُدُ، ولا تَزولُ به أهلِيَّةُ الْمُكرَهِ، ولا يَسقُطُ عنه الخِطابُ؛ لأن الْمُكرَهَ مُبتلًى، والابتِلاءُ يُحقِّقُ الخِطابَ؛ ألا تَرى أنه مُتردِّدٌ بينَ فرضٍ وحظرٍ ورُخصةٍ، ويَأثَمُ مرّةً ويُؤجَرُ أُخرى، وهو آيةُ الخِطابِ.

وشُرِط: قُدرةُ الْمُكرِهِ على تَحقيق ما هَدَّد[2] به، سُلطانًا، أو لِصًّا، وخوفُ الْمُكرَهِ وُقوعَ ما هُدِّد به.

وشرطُه: قُدرةُ الْمُكرِهِ على تَحقيق ما هَدَّد به، سُلطانًا كان أو لِصًّا.

والذي قاله أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أن الإكراهَ لا يَتحقَّقَ إلا من السُّلطان؛ لأن القُدرةَ لا تكونُ بلا مَنَعةٍ، والْمَنَعةُ للسُّلطان.. فقد قالُوا: هو اختِلافُ عصرٍ وزَمانٍ لا اختِلافُ

(١) الإكراه: حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد الشديد. «التوقيف» ص٥٩.

(٢) التهديد: الإخافة والتوعد بالعقوبة. «لغة الفقهاء» ص١٤٩.

حُجّةٍ وبُرهانٍ؛ لأن في زَمان أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ لم يكن لغَير السُّلطانِ من القُوّة ما يَتحقّقُ به الإكراهُ، فأَجاب بِناءً على ما شاهَد في زَمانه، وفي زَمانهما[١]: ظَهَر الفَسادُ، وصار الأمرُ إلى كلِّ مُتغلِّبٍ، فتَحقَّق الإكراهُ من الكلّ.

وخوفُ الْمُكرَهِ وُقوعَ ما هُدِّد به، وذا بأن يَغلِبَ على ظنِّه أنه يَفعَلُه ليَصيرَ به مَحمولًا على ما دُعِي إليه[٢] من الفِعل.

وحُكمُه -وهو الرُّخصةُ، أو الإباحةُ، أو غيرُهما[٣]، على ما سيَأتي مُفصَّلًا إن شاء اللهُ تَعالى- يَثبُتُ[٤] عندَ وُجودِ شرطِه.

والأصلُ: أن تَصرُّفاتِ الْمُكرَهِ كلَّها قولًا: مُنعقِدةٌ عندَنا، إلا أن ما يَحتمِلُ الفسخَ منه، كالبَيع والإجارةِ: يُفسَخُ، وما لا يَحتمِلُ الفسخَ منه، كالطَّلاق والعَتاقِ والنِّكاحِ والتَّدبيرِ والاستيلادِ والنَّذرِ: فهو لازِمٌ.

أُكرِه على بيعٍ، أو شِراءٍ، أو إقرارٍ، أو إجارةٍ.. بقَتلٍ، أو ضربٍ شَديدٍ، أو حبسٍ مَديدٍ، ففَعَل: فَسَخ أو أَمضى[ز].

فإذا عُرِف هذا فنَقولُ: إذا أُكرِه على بَيع مالِه، أو على شِراء سِلعةٍ، أو على أن يُقِرَّ لرَجُلٍ بألفٍ، أو يُؤجِرَ دارَه.. بقتلٍ، أو ضربٍ شَديدٍ، أو حبسٍ مَديدٍ، ففَعَل: فهو بالخِيار، إن شاء أَمضى البيعَ وإن شاء فَسَخه، ورَجَع بالْمَبيع؛ لأن الإكراهَ الْمُلجِئَ وغيرَ الْمُلجِئِ يُعدِمان الرِّضا، والرِّضا شرطُ صِحّةِ هذه العُقودِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿إِلَّآ أَن

---

(١) في (هـ): زماننا.

(٢) في (ب) و(د): ادعى إليه، وفي (هـ): ادعى عليه.

(٣) في سوى (ج) و(هـ): غيرها.

(٤) في (هـ): ويثبت.

تَكُونَ تِجَرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النِّساء: ٢٩]، فيَفسُدُ عندَ فَواتِ الرِّضا.

بخِلاف ما إذا أُكرِه بحَبس يومٍ، أو قَيدِ يومٍ، أو ضربِ سَوطٍ؛ لأنه لا يَصيرُ مُكرَهًا بهذا القَدْرِ من الضَّرب والحبسِ والقَيدِ؛ لأنه لا يُبالَى به في العادة، إلا إذا كان الرَّجُلُ ذا جاهٍ يُعلَمُ أنه يَستضِرُّ به؛ لفَوت الرِّضا.

وكذا الإقرارُ خبرٌ مُتميِّلٌ[١] بينَ الصِّدقِ والكَذِبِ، وإنما صار حُجّةً باعتِبار رُجحانِ جانِبِ الصِّدقِ على جانِب الكَذِبِ، والإكراهُ دَليلٌ على أنه كاذِبٌ[٢] فيما يُقِرُّ به، قاصِدٌ إلى دَفع الشَّرِّ عن نَفسه.

قال في «الْمَبسوط»: والحدُّ في الحَبس الذي هو إكراهٌ: ما يَجيءُ الاغتِمامُ البَيِّنُ به، وفي الضَّرب الذي هو إكراهٌ: ما يَجِدُ منه الألَمَ الشَّديدَ، وليس في ذلك حدٌّ لا يُزادُ عليه ولا يُنقَصُ منه؛ لأن نَصْبَ الْمَقاديرِ بالرَّأي لا يَكونُ، ولكن ذلك على قَدْر ما يَرى الحاكِمُ إذا رُفِع ذلك إليه، فما رَأى أنه إكراهٌ أبطَلَ الإقرارَ به؛ لأن ذلك يَختلِفُ باختِلاف أحوالِ النّاسِ.

ثم إذا باع مُكرَهًا وسَلَّم مُكرَهًا: يَثبُتُ به الْمِلكُ للمُشتَري؛ لأن بيعَ الْمُكرَهِ فاسِدٌ، والْمُشتَري بالقَبض بحُكم البيعِ الفاسِدِ يَصيرُ مالِكًا عندَنا.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَثبُتُ الْمِلكُ؛ لأن نَفاذَ البيعِ مَوقوفٌ على الإجازة، حتى لو أجاز جاز، وفي البَيع الفاسِدِ لا يَرتفِعُ الفَسادُ بالإجازة[٣]، فلا يَثبُتُ الْمِلكُ قبلَ الإجازةِ، وإن اتَّصَل القبضُ به، كما لو باع بشَرط الخِيارِ وسَلَّم إلى الْمُشتَري، فإنه لا يَملِكُه بالقَبض.

---

(١) في (ب) و(هـ): محتمل، وفي نسخة على هامش (ب): متردد.

(٢) في (هـ): ثابت.

(٣) في (د): إلا بالإجازة.

ولنا: أن رُكنَ البيعِ -وهو الإيجابُ والقَبولُ- صَدَر من أهله -لكَونه مُكلَّفًا- في محَلٍّ قابِلٍ له؛ إذ الكَلامُ فيه، والفَسادُ لعَدَم شرطِه، وهو التَّراضِي؛ إذ تَأثيرُ فَواتِ شرطِ الجَوازِ في إِفساد العقدِ، كما في الرِّبا؛ فإن الْمُساواةَ في الأَموال الرِّبَويّةِ شرطُ جَوازِ العقدِ، فإذا عُدِمت الْمُساواةُ يَفسُدُ العقدُ، ويَثبُتُ الْمِلكُ للمُشتَري بالقَبض، فهذا مِثلُه.

فلو قَبَضه وأعتَقه، أو دَبَّره، أو كانت[1] أمةً فاستَولَدها: نَفَذ ذلك كلُّه عندَنا، وتَلزَمُه القِيمةُ، كما في سائِر البُيوعِ الفاسِدةِ.

بخِلاف البيعِ بشَرط الخِيارِ؛ لأن شرطَ الخِيارِ يَمنَعُ ابتِداءَ الحُكمِ، فلا يُمكِنُ القولُ بإِثبات الْمِلكِ، وهنا العقدُ وَقَع مُطلَقًا، وقضِيّةُ مُطلَقِ العقدِ أن يَثبُتَ الْمِلكُ، إلا أنه لَمّا كان فاسِدًا تَوقَّف[2] على القَبض.

وقولُه بأنه يَنفُذُ بالإجازة.. قُلنا: النَّفاذُ باعتِبار سُقوطِ الْمُفسِدِ، وهو عدَمُ الرِّضا بسَبَب الإكراهِ، فإذا ارتَفَع بوُجود الرِّضا نفَذ العقدُ؛ ألا تَرى أنه لو أَجاز بيعًا باشَره غيرُه يَنفُذُ بإجازته، فإذا أَجاز بيعًا باشَره بنَفسه أَولى، إلا أنه لا يَنقطِعُ به حقُّ استِردادِ البائِعِ وإن تَداولَتْه الأيدِي، ولم يَرض البائِعُ بذلك.

بخِلاف سائِرِ البُيوعِ الفاسِدةِ؛ فإنه إذا اشتَرى شِراءً فاسِدًا بأجَلٍ أو خِيارٍ مَجهولٍ، وباع من آخَرَ: لم يكن للبائِعِ الأوّلِ حقُّ النَّقضِ؛ لأن وُجوبَ النَّقضِ ثَمَّ لحقِّ الشَّرعِ، فإذا اشتَراه غيرُه تَعلَّق به حقُّ الْمُشتَري، فقد اجتَمَع حقّان: حقُّ الشَّرعِ[3] وحقُّ العبدِ، فقُدِّم حقُّ العبدِ؛ لحَاجته وغِنى الشَّرعِ.

---

(١) في (ب) و(هـ): كاتب.

(٢) في (ج): يتوقف.

(٣) في (هـ): المشتري.

فأما ههنا: فالرَّدُّ لحقِّ العبدِ، وقد استَويا فيه، فلا يَبطُلُ حقُّ الأوَّلِ لحقِّ الثّاني.

ولأن البيعَ الثّانيَ ثَمَّ حَصَل بتَسليط البائِعِ الأوَّلِ، وهنا ما حَصَل بتَسليط الْمُكرِهِ.

ومن جَعَل البيعَ الجائِزَ الْمُعتادَ بسَمَرْقَنْدَ ونَواحِيها -أي بيعَ الوَفاءِ، وهو: أن يَقولَ البائِعُ للمُشتَري: (بِعتُ منك هذا بما لك عليَّ من الدَّين، على أني متى قَضَيتُ الدَّينَ فهو لي)- من مَشايخ بُخارى بيعًا فاسِدًا باعتِبار شرطِ الفسخِ في البَيع.. يَجعَلُه كبَيع الْمُكرَهِ، فيَملِكُه إذا اتَّصَل به قبضُ الْمُشتَري، ويُنقَضُ بيعُ الْمُشتَري من غَيره؛ لأن الفَسادَ باعتِبار فوتِ الرِّضا، فصار كبَيع الْمُكرَهِ.

ومن جَعَله رهنًا -كشَيخ الإسلامِ عَطاءِ بنِ حَمزةَ وغيرِه، باعتِبار أن غرَضَ الْمُتعاقِدَين الرَّهنُ والاستيثاقُ بالدَّين، ولهذا يَقولُ البائِعُ لكلِّ من يَلقاه[1]: (قد رَهَنتُ مِلكي عندَ فُلانٍ)، والْمُشتَري يَقولُ: (قد ارتَهَنتُ مِلكَ فُلانٍ)، والعِبرةُ في العُقود للمَعاني لا للألفاظ والْمَباني؛ بدَليل الكَفالةِ بشَرط البَراءةِ، والحَوالةِ بشَرط الْمُطالَبةِ- يَقولُ بأنه لا يَملِكُه، ولا يُباحُ له الانتِفاعُ به إلا بإِذن المالِكِ، وهو ضامِنٌ لِما أكَل من ثَمَره واستَهلَك من عَينه، والدَّينُ ساقِطٌ بهَلاكه في يَده، وفيه وَفاءٌ بالدَّين.

ومن جَعَله باطِلًا يَعتبِرُه بالهازِل.

ومَشايخُ سَمَرْقَنْدَ جَعَلوه بيعًا جائِزًا مُفيدًا بعضَ الأحكامِ -وهو الانتِفاعُ- دونَ البعضِ -وهو البيعُ- لحَاجة النّاسِ إليه.

والصَّحيحُ: أن العقدَ الذي جَرى بينَهما إن كان بلَفظ البيعِ لا يَكونُ رهنًا، ثم يُنظَرُ إن ذَكَرا شرْطَ الفسخِ في البَيع فَسَد البيعُ، وإن لم يَذكُرا ذلك في البَيع، وتَلَفَّظا بلَفظ البيعِ بشَرط الوَفاءِ، أو تَلَفَّظا بالبَيع الجائِزِ -وعندَهما: هذا البيعُ عِبارةٌ عن بيعٍ غيرِ لازِمٍ-: فكذلك.

(١) في (ج): تلقاه.

وإن ذَكَرا البيعَ من غَير شرطٍ، ثم ذَكَرا الشَّرطَ على وَجه الْميعادِ[1]: جاز البيعُ، ويَلزَمُ[2] الوَفاءُ بالْمِيعاد[3]؛ لأن الْمَواعيدَ قد تكونُ لازِمةً، فيُجعَلُ هذا الْمِيعادُ لازِمًا؛ لحَاجة النَّاسِ[4].

وقبضُ الثَّمَنِ طَوعًا: إجازةٌ(ن)، لا مُكرَهًا، وردُّه إن بَقِي، وإلا لا.

فإن كان قَبَض الثَّمَنَ طَوعًا: فهو إجازةٌ للبَيع؛ لأنه دَلالةٌ على الإجازة، كما في البَيع الْمَوقوفِ إذا قَبَض المالِكُ الثَّمَنَ كان إجازةً للعَقد.

وكذا إذا سَلَّم طائِعًا، بأن أُكرِه على البَيع لا على الدَّفع؛ لأنه دَليلُ الإجازةِ، بخِلاف ما إذا أُكرِه على الهِبة ولم يَذكُر الدَّفعَ، فوَهَب ودَفَع؛ حيث يَكونُ باطِلًا.

والحاصِلُ: أن الإكراهَ على الهِبة يَكونُ إكراهًا على الدَّفع، والإكراهَ على البَيع لا يَكونُ إكراهًا على التَّسليم؛ لأن مَقصودَ الْمُكرِهِ ما يَتعلَّقُ به الاستِحقاقُ لا صُورةُ العقدِ، والأصلُ في البَيع أن يَتعلَّقَ الاستِحقاقُ به من غَير قبضٍ، فلم يكن الإكراهُ على البَيع إكراهًا على الإقباض[5]، فكان الدَّفعُ عن اختِيارٍ منه، وذا دَليلُ الإجازةِ.

أما الهِبةُ في أصل الوضعِ: فلا يَتعلَّقُ بها الاستِحقاقُ من غَير قبضٍ، فكان الإكراهُ على الهِبة إكراهًا على الدَّفع؛ نظَرًا إلى مَقصود الْمُكرِهِ، وهو حملُه على شيءٍ يَتعلَّقُ به

(١) في (أ) و(ب) و(د): المعتاد، وهو موافق لما في «التبيين» ٥/ ١٨٤، والمثبت موافق لما في «البناية» ١٦/ ٤٦، و«درر الحكام» ٢/ ٢٠٨، و«مجمع الضمانات» ص٢٤٣، ولفظ الأخير: ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة.

(٢) في (هـ): ويلزمه.

(٣) في (أ): بالمعتاد.

(٤) في (ج): الناس إليه.

(٥) في (د): الإقراض.

الاستِحقاقُ وإزالةُ الْمِلكِ ليَتضرَّرَ به، لا صُورةُ العقدِ.

وإن قَبَضه مُكرَهًا فليس ذلك بإجازةٍ، وعليه ردُّ الثَّمَنِ إن كان قائِمًا في يَده؛ لفَساد العقدِ بالإكراه، وإن كان هالِكًا لا يَأخُذُ منه شيئًا؛ لأن الثَّمَنَ كان أمانةً عندَ الْمُكرَهِ؛ لأنه أخَذه بِإذن الْمُشتَري، والقبضُ متى كان بِإذن المالِكِ فإنما يَجِبُ الضَّمانُ إذا قَبَضه للتَّملُّك، وهو لم يَقبِضه للتَّملُّك؛ لأنه كان مُكرَهًا على قَبضه، فكان أمانةً.

وإن هَلَك الْمَبيعُ في يَده، وهو غيرُ مُكرَهٍ: ضَمِنه أو الْمُكرِهُ.

وإن هَلَك الْمَبيعُ في يَد الْمُشتَري وهو غيرُ مُكرَهٍ، والبائِعُ مُكرَهٌ: ضَمِن قِيمتَه للبائِع؛ لأنه قَبَضه بحُكم عقدٍ فاسِدٍ، فكان مَضمونًا عليه بالقِيمة.

وللمُكرَه أن يُضمِّنَ الْمُكرِهَ إن شاء؛ لأن الْمُكرَهَ يَصيرُ آلةً للمُكرِه فيما يَرجِعُ إلى الإتلاف، وإن لم يصلح[1] آلةً من حيث إنه كَلامٌ؛ لأن التَكلُّمَ بلِسان الغيرِ لا يَصِحُّ، فكأن الْمُكرَهَ دَفَع مالَ الْمُكرِهِ إلى الْمُشتَري، فللمُكرَه أن يُضمِّنَ أيَّهما شاء، كالغاصِب وغاصِبِ الغاصِبِ، فالْمُكرِهُ كالغاصِب، والْمُشتَري كغاصِب الغاصِبِ.

فإن ضَمَّن الْمُكرِهَ رَجَع على الْمُشتَري بالقِيمة؛ لأنه قام مَقامَ البائِعِ بأَداء الضَّمانِ؛ لأن الْمَضمونَ يَصيرُ مِلكًا للضّامن وقتَ[2] سببِ الضَّمانِ.

فإن ضَمَّن أحدَ الْمُشتَرِين[3]، وقد تَناسخَتْه العُقودُ: نَفَذ كلُّ شِراءٍ كان بعدَ شِرائِه؛ لأنه مَلَكه بأداء الضَّمانِ، فظَهَر أنه باع مِلكَ نفسِه، ولا يَنفُذُ ما كان قبلَه؛ لأن استِنادَ مِلكِ الْمُشتَري إلى وَقت قبضِه.

---

(١) كذا في (أ) ونسخة على هامش (ج)، وفي الباقي: وإن لم يكن.

(٢) في (هـ): من وقت.

(٣) في سوى (أ) و(ج): المشترين.

بخِلاف ما لو أَجاز المالِكِ الْمُكرَهُ عقدًا منها؛ فإنه يَنفُذُ ما قبلَه وبعدَه؛ لأن المانِعَ من النَّفاذ حقُّه، وقد أسقَط حقَّه، فيَعودُ الكلُّ جائِزًا.

بخِلاف ما لو أَجاز المالِكُ في بَيع الفُضوليِّ واحِدًا من الأشرِية؛ حيث يَجوزُ ما أَجازه خاصّةً؛ لأنه باع كلَّ واحِدٍ منهم مِلكَ غيرِه، وقد صار لواحِدٍ منهم مِلكٌ باتٌّ[1] بالإجازة، فأبطَل المِلكَ الْمَوقوفَ لغَيره، وهنا كلُّ واحِدٍ باع مِلكَه؛ إذ بيعُ الْمُكرَهِ مُفيدٌ للمِلك عندَ القبضِ، والمانِعُ من نُفوذ الكلِّ[2] حقُّ استِردادِ المالِكِ، فإذا أسقَط حقَّه نَفَذ الكلُّ.

وعلى أَكل مَيْتةٍ، ودمٍ، وشُربِ خمرٍ، بحبسٍ، أو ضربٍ، أو قَيدٍ: لم يَحِلَّ.

ولو أُكرِه على أن يَأكُلَ الميْتةَ، أو الدَّمَ، أو لحمَ الخِنزيرِ، أو يَشرَبَ الخمرَ.. بحبسٍ، أو ضربٍ، أو قَيدٍ[3]: لم يَحِلَّ له؛ لأن الإلجاءَ لا يَتحقَّقُ به[4].

وحَلَّ بقتلٍ، وقطعٍ، وأثِم بصَبره(س).

وإن أُكرِه بقتلٍ، أو قطعِ عُضوٍ، أو ضربٍ يَخافُ منه التَّلَفَ على نَفسه أو عُضوٍ من أعضائه: يَحِلُّ له أن يُقدِمَ على ما أُكرِه عليه؛ لأن حُرمةَ هذه الأشياءِ ثابِتةٌ بالشَّرعِ، وهي مُقيَّدةٌ بحالة الاختِيارِ؛ فإن اللهَ تَعالى استَثنى حالةَ الضَّرورةِ من التَّحريم بقَوله تَعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، والكَلامُ الْمُقيَّدُ بالاستِثناء يَكونُ عِبارةً عما وراءَ الْمُستَثنى، فظهَر أن التَّحريمَ مَخصوصٌ بحالة الاختِيارِ، وقد تَحقَّقت الضَّرورةُ هنا؛

---

(١) في (ب) و(هـ): ثابت.

(٢) في سوى (أ) و(ج): الملك.

(٣) في (ب) و(د): قتل.

(٤) في (ب): لا يتحقق بقتل، وفي (د) و(هـ): لا يتحقق.

لخَوفه التَّلَفَ على نَفسه بسَبَب الإكراهِ، فالتَحقت هذه الأعيانُ في هذه الحالةِ بسائِر الأطعِمةِ والأشرِبةِ فكان في سَعةٍ مِن تناوُلِها.

ولا يَسَعُه أن يَصبِرَ على ما تُوُعِّد به، فإن صَبَر حتى أوقَعوا به أثِم، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَأثَمُ.

وكذا هذا فيمن أصابَتْه مَخمَصةٌ، فلم يَتناوَل من الْمَيْتة حتى مات.. في ظاهِر الرِّوايةِ: يَكونُ آثِمًا، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَأثَمُ.

فالأصلُ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الإثمَ يَنتَفي عن الْمُضطَرّ، ولا تَنكَشِفُ الحُرمةُ بالضَّرورة، قال اللهُ تَعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ﴾ [البَقَرَة : ١٧٣] ، وقال: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ فِي مَخۡمَصَةٍ غَيۡرَ مُتَجَانِفٖ لِّإِثۡمٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [المَائـِدَة : ٣]؛ وهذا لأن الحُرمةَ بصِفة أنها مَيْتةٌ أو خمرٌ، وبالضَّرورة لا يَزولُ ذلك، فإذا امتَنَع كان امتِناعُه من تَناوُل الحَرامِ، فلا يَأثَمُ؛ لأنه تَمسَّك بالعَزيمة.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن الحُرمةَ لا تَتناوَلُ حالةَ الضَّرورةِ؛ لأنها مُستثناةٌ بقَوله: ﴿وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ﴾ [الأنعام : ١١٩] ، فإما أن يُقالَ: يَصيرُ الكَلامُ عِبارةً عما وراءَ الْمُستَثنى، وقد كان مُباحًا قبلَ التَّحريمِ، فبَقِي على ما كان في حالة الضَّرورةِ، أو يُقالَ: الاستِثناءُ من التَّحريم إباحةٌ، وإذا ثَبَت الإباحةُ في حالة الضَّرورةِ لم تكن رُخصةً، وكان امتِناعُه من التَّناوُل حتى تَلِف كامتِناعه من تَناوُل الطَّعامِ الحَلالِ حتى تَلِف، فيَأثَمُ.

إلا أنه إنما يَأثَمُ إذا عَلِم بالإباحة في هذه الحالةِ؛ لأن في انكِشاف الحُرمةِ خَفاءً؛ لِمَكان الاجتِهادِ، فيُعذَرُ بالجَهل فيه، كالجَهل بالخِطاب في أوَّل الإسلامِ، أو في دار الحرب.

وعلى الكُفر، وإتلافِ مالِ مُسلِمٍ.. بقتلٍ، وقطعٍ، لا بغيرهما: رُخِّص، ويُثابُ بالصَّبر، وضَمِن الْمُكرِهُ.

وإن أُكرِه على الكُفر بالله[1]، أو سبِّ النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.. بقتلٍ أو قطعٍ: رُخِّص له إظهارُ كَلِمةِ الكُفرِ، فإن أظهَر ذلك وقلبُه مُطمئنٌّ بالإيمان: فلا يأثَمُ؛ لحديث عمّارِ بنِ ياسِرٍ، فإن الْمُشرِكين أخذوه، ولم يَترُكوه حتى سبَّ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وذَكَر آلِهتَهم بخيرٍ، ثم تَركوه، فلما أَتى رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما وراءَك؟»، قال: شرٌّ، ما تَركوني حتى نِلتُ منك وذَكَرتُ آلِهتَهم بخيرٍ، فقال: «كيف تَجِدُ قلبَك؟»، قال: أجِدُه مُطمئِنًّا بالإيمان، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فإن عادُوا فعُد»[2]، أي فعُد إلى طُمأنينة القلبِ بالإيمان.

وما قِيل: (فعُد إلى ما كان منك من النَّيل مني وذِكرِ آلِهتِهم بخيرٍ): فغلَطٌ؛ فإنه لا يُظَنُّ برَسول اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه يَأمُرُ أحدًا بالتَّكلُّم بكَلِمة الشِّركِ.

وفيه نَزَل قولُه تَعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾[3] [النَّحل: ١٠٦].

ولأن حُرمةَ الكُفرِ لا تَحتمِلُ السُّقوطَ، وفي هَتك الظّاهرِ مع قَرارِ القلبِ ضربُ جِنايةٍ، لكنه دونَ القتلِ؛ لأن ذلك هتكٌ صُورةً، وهذا هتكٌ صُورةً ومَعنًى، فوَجَبت الرُّخصةُ، وبَقِي الكفُّ عنه عَزيمةً؛ لبقاء الحُرمةِ نفسِها؛ لتناهي قُبحِ الكُفرِ.

(١) في (ج): على الكفر والعياذ بالله.

(٢) رواه الحاكم (٣٣٦٢)، والبيهقي (١٦٨٩٦).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٣٢٢٥٤)، ومسدد في «مسنده» كما في «المطالب العالية» ١٤/ ٧٥٩، والطبري في «تفسيره» ١٤/ ٣٧٣، والبيهقي في «المعرفة» (١٦٦٥١).

قال الحافظ في «الإصابة» ٤/ ٤٧٤: واتفقوا على أنه نزل فيه: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦].

فإن صَبَرَ حتى قُتِل ولم يُظهِر الكُفرَ: كان مُثابًا؛ لأنه لَمّا بَقِيت الحُرمةُ صار باذِلًا نفسَه لإعزاز دينِ اللهِ مُتمسِّكًا بالعَزيمة، فكان شَهيدًا، وإذا أَجرى فقد تَرخَّص بالأَدنى صِيانةً للأَعلى؛ ألا تَرى أن خُبيبَ بنَ عَدِيٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ لَمّا امتنَع حتى قُتِل سَمّاه رَسولُ اللهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أفضَلَ الشُّهداءِ، وقال: «هو رَفيقي في الجنّة»[1].

وقِصّتُه[2]: أن الْمُشرِكين أَخَذوه وباعُوه من أَهل مكّةَ، فجَعَلوا يُعاقِبونه على

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٥٩: روي أن خبيبًا رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ صبر على الإكراه حتى صلب، وسماه النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ سيد الشهداء، وقال فيه: «هو رفيقي في الجنة»، قلت: غريب، وقتل خبيب في «صحيح» البخاري (٣٩٨٩) في مواضع، وليس فيه أنه صلب، ولا أنه أكره، ولا أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ سماه سيد الشهداء، ولا قال فيه: هو رفيقي في الجنة... والمعروف في قوله عَلَيْهِٱلسَّلَامُ: «سيد الشهداء» أنه في حمزة، رواه الحاكم في «المستدرك» (٢٥٥٧) في الفضائل من حديث جابر، ومن حديث علي...

وورد نحو ذلك في بلال، رواه البزار في «مسنده» (٤٣٣٨) من حديث زيد بن أرقم: أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «نعم المرء بلال، وهو سيد الشهداء، والمؤذنون أطول أعناقًا يوم القيامة». وينظر بقية السند والمتن. انتهى، قلت: قال البزار عقب إيراده: وهذا الحديث لا نعلمه عن زيد بن أرقم إلا من هذا الوجه، ولا نعلم رواه عن قتادة إلا حسام بن مصك، ولا عن حسام إلا يزيد بن هارون، وحسام رجل من أهل البصرة، قد حدث عنه جماعة كثيرة، واحتملوا حديثه. انتهى.

وقال العيني في «البناية» بعد مثل هذا التقرير ١١/ ٥٦: قد ذكرنا أن صلبه لم يثبت في الصحيح، ولكن محمد بن إسحاق ذكره في كتاب «السيرة» وقال: ابتاع خبيبًا حجيرُ بن أبي إهاب التيمي رَحِمَهُٱللَّهُ ليقتله بأبيه، ثم أخرجوه إلى التنعيم، وصلبوه على خشبة وقتلوه. انتهى بتصرف يسير.

قلت: قال ابن هشام في «السيرة» ٢/ ١٧٣: قال ابن إسحاق: قال عاصم: ثم خرجوا بخبيب، حتى إذا جاؤوا به إلى التنعيم ليصلبوه، قال لهم... ثم رفعوه على خشبة، فلما أوثقوه، قال: اللهم إنا قد بلغنا رسالة رسولك، فبلغه الغداة ما يصنع بنا، ثم قال: اللهم أحصهم عددًا، واقتلهم بددًا، ولا تغادر منهم أحدًا، ثم قتلوه رَحِمَهُٱللَّهُ.

(٢) في (ب): وقضيته.

أن يَذكُرَ آلِهتَهم بخيرٍ، ويَسُبَّ محمدًا عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ، وهو يَسُبُّ آلِهتَهم ويَذكُرُ رَسولَ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بخيرٍ حتى قتَلوه[1].

فإن قِيل: كما استُثني حالةُ الضَّرورةِ في الميْتة استُثني حالةُ الإكراهِ هنا.

قُلنا: ثَمَّ استُثني من الحُرمة، فكان إباحةً، فلم يكن رُخصةً، وهنا من الغَضب[2]، فيَنتَفي الغضبُ[3] في الْمُستَثنى، ولا يَلزَمُ من انتِفائه انتِفاءُ الحُرمةِ، فكان رُخصةً.

وذَكَر في «الكشّاف»: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ﴾ [النحل: ١٠٦] شرطٌ مُبتدأٌ، وحُذِف جَوابُه؛ لأن جَوابَ ﴿مَّن شَرَحَ﴾ دالٌّ عليه، كأنه قِيل: (من كَفَر بالله فعليهم غضَبٌ إلا من أُكرِه[4]، ولكن[5] من شَرَح بالكُفر صدرًا فعليهم غضَبٌ من الله).

وإن أُكرِه على الكُفر أو السَّبِّ بقَيدٍ، أو حبسٍ، أو ضربٍ: لم يكن ذلك إكراهًا حتى يُكرَهَ بأمرٍ يَخافُ به على نَفسه أو على عُضوٍ من أَعضائه؛ لأن الإكراهَ بهذه الأشياءِ ليس بإكراهٍ في شُرب الخمرِ، مع أن حُرمتَه تَنكشِفُ به، ففي الكُفر وحُرمتِه لا تَنكشِفُ به أَولى.

وإن أُكرِه على إِتلاف مالِ مُسلِمٍ بأمرٍ يَخافُ على نَفسه أو على عُضوٍ من أَعضائه:

---

(١) انظر التخريج السابق. وورد في رواية الطبراني (٥٢٨٤) فلما وضعوا فيه السلاح وهو مصلوب نادوه وناشدوه: أتحب محمدًا مكانك؟ فقال: لا والله العظيم ما أحب أن يفديني بشوكة يشاكها في قدمه.

(٢) أي غضب رب العالمين في قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النحل: ١٠٦]، وفي سوى (ب) و(ج): الغصب. وانظر «الكفاية» للكرلاني ٨/ ١٧٦، و«تكملة رد المحتار» ٦/ ١٣٥.

(٣) في (د): الغصب.

(٤) في (ج): من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان.

(٥) في (د): لكن.

رُخِّص له ذلك؛ لأن حُرمةَ النَّفسِ فوقَ حُرمةِ المالِ، فاستقام أن يُجعَلَ وِقايةً له، ولكن أخذُ مالِ الغيرِ وإتلافُه ظُلمٌ، وعِصمةُ صاحِبِه فيه باقيةٌ، فبَقِي حَرامًا في نَفسه؛ لبقاء دَليلِه، فالرُّخصةُ ما يُستباحُ بعُذرٍ[1] مع قِيامِ الْمُحرِّمِ، فإذا صَبَرَ حتى قُتِل فقد بَذَل نفسَه لدَفعِ الظُّلمِ ولإقامة حقٍّ مُحترَمٍ، فصار مُثابًا شَهيدًا.

وإن أُكرِه عليه بالحَبس أو بالضَّرب: لا يَسَعُه ذلك؛ لأنه لا يُوجِبُ الإلجاءَ، ولصاحِبِ المالِ أن يُضمِّنَ الْمُكرَهَ؛ لأن الْمُكرَهَ يَصلُحُ آلةً للمُكرِه فيما يَصلُحُ آلةً له، والإتلافُ من هذا القَبيلِ، فكأن الْمُكرِهَ أخَذ الْمُكرَهَ وأتلَف مالَه.

وعلى قتلٍ بقتلٍ: لا يُرخَّصُ، وأثِم لو قَتَل، ويُقتَصُّ(س) الْمُكرِهُ(ز) فقط(ف).

وإن أُكرِه على قَتل غيرِه[2] بقتلٍ: لم يُرخَّص، ولم يَسَعه أن يُقدِمَ عليه، ويَصبِرُ حتى يُقتَلَ، فإن قتَله كان آثِمًا؛ لأن دَليلَ الرُّخصةِ خوفُ التَّلَفِ، والْمُكرَهُ والْمُكرِهُ عليه في ذلك سَواءٌ، فسَقَط الكَرهُ[3] في حقِّ تَناوُلِ دمِ الْمُكرِهِ عليه؛ للتَّعارُض.

والقِصاصُ على الْمُكرِهِ إن كان عمدًا عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال زفرُ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَجِبُ على الْمُكرَهِ دونَ الْمُكرِهِ؛ لأن القِصاصَ يَجِبُ على القاتِلِ، والقاتِلُ هو الْمُكرَهُ حَقيقةً؛ لأن القتلَ فِعلٌ مَحسوسٌ، وهو قد تَحقَّق من الْمُكرَه دونَ الْمُكرِهِ[4]، والعِيانُ يَشهَدُ لهذا، ومن أنكَره فقد أنكَر الحِسَّ.

فإذا تَحقَّق منه الفِعلُ يُؤاخَذُ بفِعله، إلا إذا سَقَط حُكمُ فِعلِه، وأُضِيفَ إلى غيرِه

---

(١) في (ب) و(د): لعذر.

(٢) في (هـ): عبده.

(٣) في (ب) و(هـ): المكره.

(٤) قوله: (دون المكره) مثبت من (هـ).

شرعًا، كما في الإكراه على إتلاف مالِ الغيرِ؛ فإنه سَقَط حُكمُه، وهو الإثمُ، وأُضِيف إلى غَيره، وههنا لم يَسقُط حُكمُ فِعلِه، بل قَرَّر الشَّرعُ[1] حُكمَه عليه؛ بدَليل أنه يَأثَمُ إثمَ القتلِ، وإثمُ القتلِ على من باشَر القتلَ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجِبُ القِصاصُ عليهما.

أما على الْمُكرَه: فلما قاله زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وأما على الْمُكرِه: فلحُصول التَّسبيبِ إلى القَتل منه، حيث أحدَث فيه مَعنًى كان حامِلًا له على القَتل، والتَّسبيبُ التّامُّ يَنزِلُ مَنزِلةَ الْمُباشَرةِ في حقِّ وُجوبِ القِصاصِ عندَه، ولهذا حُكِم بوُجوب القِصاصِ على شُهود القِصاصِ إذا رَجَعوا؛ وهذا لأن القِصاصَ شُرِع لحِكمة الزَّجرِ والرَّدعِ، والقتلُ غالِبًا يَقَعُ بإكراهِ من الْمُتغلِّبة والأكابِرِ، فلو لم نُوجِب القِصاصَ لانسَدَّ بابُه في مَوضِعٍ تكونُ الحاجةُ إلى إيجابه ألزَمَ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجِبُ القِصاصُ على واحِدٍ منهما؛ لأن القتلَ بَقِي مَقصورًا على الْمُكرَه من وجهٍ، حتى أثِم إثمَ القتلِ، وأُضِيف إلى الْمُكرِه من وجهٍ من حيث إنه حَمَل الْمُكرَهَ عليه وصار مَدفوعًا إلى القَتل بمُوجَب طبعِه.

ولأن الْمُكرَهَ قاتِلٌ حَقيقةً لا حُكمًا، والْمُكرِهُ بالعَكس، فتَمكَّنت الشُّبهةُ في الجانِبَين، فلا يَجِبُ القِصاصِ.

ولهما: أن الْمُكرَهَ مُلجَأٌ إلى هذا الفِعلِ، فيَصيرُ آلةً للمُلجِئ فيما يَصلُحُ أن يَكونَ آلةً له، فلا يَلزَمُ الآلةَ شيءٌ من الضَّمان، كما في إتلاف المالِ؛ فإن الضَّمانَ يَجِبُ على الْمُكرِه، ويَصيرُ الْمُكرَهُ آلةً، حتى لا يَكونُ عليه شيءٌ من حُكم الإتلافِ، والْمُكرَهُ يَصلُحُ أن يَكونَ آلةً للمُكرِه في القَتل، بأن يَأخُذَه بيَده مع السَّيفِ فيَقتُلَ به غيرَه.

(١) في (ب) و(هـ): الشرط.

وتَفسيرُ **الإلجاءِ**: أنه صار مَحمولًا على ذلك الفِعلِ بالتَّهديد بالقَتل؛ لأنه جُبِل على حُبِّ حَياةِ نفسِه وإيثارِها على حَياة غيرِه، فيَفسُدُ اختِيارُه، فيُلحَقُ بالآلة التي لا اختِيارَ لها، ويُنسَبُ الفِعلُ إلى من أفسَد اختِيارَه وحَمَله على هذا الفِعلِ لا إلى الآلة، فلا يَكونُ على الْمُكرَه قِصاصٌ ولا دِيَةٌ ولا كَفّارةٌ؛ ألا تَرى إلى قَوله: ﴿يُذَبِّحُ أَبۡنَآءَهُمۡ﴾ [القصص: ٤]، فقد نَسَب الفِعلَ إلى اللَّعين، وهو ما كان يُباشِرُه صُورةً، ولكنه كان يَأمُرُ به، وأمرُه إكراهٌ.

ولا يَصلُحُ أن يَكونَ آلةً[١] في حقِّ الإثمِ؛ لأن القتلَ من حيث إنه يُوجِبُ الْمَأثَمَ جِنايةٌ على دِين القاتِلِ؛ لأنه إنما أكرَهه ليَحيا على دِينه، فلو أُضِيف إليه لصار جِنايةً على دِين الْمُكرَهِ، وفيه بُطلانُ الإكراهِ، فبَقِي الفِعلُ من حيث كونُه جِنايةً على الدِّين مَقصورًا على الْمُكرِه، ومن حيث الإتلافُ مَنقولًا إلى الْمُكرَه؛ لأنه يَصلُحُ آلةً فيه.

كما في الإكراه على الإعتاق يَنتقِلُ الفِعلُ إلى الْمُكرَه من حيث الإتلافُ، حتى يَجِبُ الضَّمانُ على الْمُكرَه، ومن حيث الإعتاقُ بَقِي مَقصورًا على الْمُكرِه، حتى يَكونُ الوَلاءُ له، وصار كما لو أكرَه مَحبوسًا على ذَبح شاةِ الغيرِ؛ فإنه يَصيرُ آلةً له من حيث الإتلافُ، ولم يَصِر آلةً من حيث الذَّكاةُ، حتى لا يَحِلُّ تَناوُلُه.

وعلى طَلاقٍ، وعَتقٍ، ففَعَل: رَجَع(ف) بقِيمته، ونِصفِ(ف) مهرِها إن لم يَطَأ[٢].

وإن أكرِه على أن يُطلِّقَ امرأتَه أو يُعتِقَ عبدَه، ففَعَل: وَقَع الطَّلاقُ والعَتقُ عندَنا، خِلافًا للشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن تَصرُّفاتِه لغوٌ عندَه، كتَصرُّفات الْمَجنونِ، وقد حَقَّقناه في الطَّلاق.

---

(١) في (ج): آلة له.

(٢) في (م): يقع.

والوَلاءُ للمُعتِق، ويَرجِعُ على الْمُكرِه بقِيمة العبدِ؛ لأنه في التَّكلُّم بالعَتق لا يُمكِنُ أن يُجعَلَ آلةً للمُكرِه؛ لأن التَّكلُّمَ بلِسان الغيرِ لا يُمكِنُ، فبَقِي تكلُّمُه مَقصورًا عليه، فيَصيرُ به مُعتِقًا، والوَلاءُ لمن أعتَق.

وهذا لأن الإكراهَ الْمُلجِئَ وإن كان يُفسِدُ الاختِيارَ.. ولكن لا يُخرِجُه من أن يَكونَ مُخاطَبًا، ففيما يُمكِنُ نِسبتُه إلى الْمُكرِه -وهو الإتلافُ- يُجعَلُ الْمُكرَهُ آلةً له، فيُضافُ إليه؛ تَرجيحًا للاختِيار الصَّحيحِ على الاختِيار الفاسِدِ، ويُجعَلُ الفاسِدُ مَعدومًا في مُقابَلته، وصار بمَنزِلة عَديمِ الاختِيارِ.

وفيما لا يُمكِنُ نِسبتُه إلى الْمُكرِه بَقِي مُضافًا إلى الْمُكرَه بما له من الاختِيار الفاسِدِ؛ لأنه صالِحٌ لذلك؛ ألا تَرى أن هذا القَدْرَ من الاختِيار صالِحٌ للخِطاب.

وله أن يُضمِّنَه، مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ إتلافٍ، فلا يَختلِفُ باليَسار والإعسارِ.

ولا سِعايةَ على العَبد؛ لأن السِّعايةَ على العَبد إنما تَجِبُ للتَّخريج إلى الحُرِّيّة، أو لتَعلُّق حقِّ الغيرِ به، ولم يُوجَد واحِدٌ منهما؛ لأن العَتقَ نَفَذ فيه من جِهة مالِكِه، ولا حقَّ لأحدٍ في ماله.

بخِلاف المريضِ إذا أعتَق عبدَه وعليه دَينٌ؛ لأن السِّعايةَ تَجِبُ ثَمَّ لحقِّ الغُرَماءِ.

وبخِلاف الرّاهِنِ إذا أعتَق الْمَرهونَ وهو مُعسِرٌ؛ فإنه تَجِبُ السِّعايةُ لحقِّ الْمُرتهِنِ، ولا يَرجِعُ الْمُكرَهُ على العَبد بالضَّمان؛ لأن الضَّمانَ وَجَب عليه بإتلافه، فلا يَرجِعُ على غَيره.

ويَرجِعُ بنِصف مهرِ الْمَرأةِ إن لم يَطَأها والمهرُ مُسمًّى، وإن لم يكن مُسمًّى يَرجِعُ بالْمُتعة؛ لأن الْمُكرِهَ قَرَّر عليه[1] ما كان على شَرَف السُّقوطِ بارتِدادها وتَقبيلِ ابنِ

(١) في (د): عليها.

زوجِها، فصار كأنه أخَذ ذلك الْمِقدارَ من ماله وأتلَفه.

بخِلاف ما إذا دَخَل بها؛ لأن المهرَ تَأكَّد بالدُّخول، فلا يَجِبُ الضَّمانُ[1]، فبَقِي مُجرَّدُ إتلافِ مِلكِ النِّكاحِ، وإنه ليس بمالٍ، فلا يَضمَنُ المالَ.

ولو أُكرِه على أن يُوكِّلَ رَجُلًا بطَلاق امرَأتِه التي لم يَدخُل بها، أو يُعتِقَ عبدَه، ففَعَل الوَكيلُ: فالتَّوكيلُ جائِزٌ استِحسانًا، ونَفَذ تصرُّفُ الوَكيلِ.

والقِياسُ: أن لا تَصِحَّ الوَكالةُ مع الإكراهِ؛ لأن الأصلَ أن كلَّ عقدٍ يُؤثِّرُ فيه الهزلُ يُؤثِّرُ فيه الإكراهُ، وما لا يُؤثِّرُ فيه الهزلُ لا يُؤثِّرُ فيه الإكراهُ؛ لأنهما يَنفِيان الرِّضا، والوَكالةُ تَبطُلُ بالهَزْل، فكذا مع الإكراهِ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الإكراهَ يُوجِبُ فَسادَ العقدِ، والوَكالةُ لا تَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ؛ لأنها من الإسقاطات؛ إذ الْمُوكِّلُ يُسقِطُ حقَّه بالتَّفويض إليه، فإذا لم يَبطُل نَفَذ تَصرُّفُ الوَكيلِ.

ثم يَرجِعُ الْمُكرَهُ على الْمُكرِه بقِيمة العبدِ وبنِصف المهرِ استِحسانًا.

والقِياسُ: أن لا يَرجِعَ عليه؛ لأن الإكراهَ وَقَع على التَّوكيل، وزَوالُ الْمِلكِ[2] لا يَثبُتُ به؛ إذ الوَكيلُ قد يَفعَلُ وقد لا يَفعَلُ، فلا يُضافُ[3] الإتلافُ إليه، كما إذا شَهِد شاهِدان أن فُلانًا وَكيلٌ[4] بعتَق عبدِه، فأعتَقه الوَكيلُ، ثم رَجَعا، فإنهما لا يَضمَنان.

وجهُ الاستِحسانِ: أن غرَضَ الْمُكرِهِ زَوالُ مِلكِه إذا باشَر الوَكيلُ، فكان الزَّوالُ

---

(١) قوله: (فلا يجب الضمان) مثبت من (أ) و(ج).

(٢) في (ب) و(د): المانع.

(٣) في (ب) و(د): فقد أضاف، وفي (هـ): ولا يضاف.

(٤) في (ج): وكل.

مَقصودَه، فيَضمَنُ، ولا ضَمانَ على الوَكيل؛ لأنه لم يُوجَد منه إكراهٌ.

ومُكرَهُ النِّصفِ إن حَرَّر كلَّه: مُختارٌ(س م)، وبعَكسه: ضَمِن نِصفَه(س م).

ولو أُكرِه بوَعيدِ تَلَفٍ على أن يُعتِقَ نِصفَ عبدِه، فأعتَق كلَّه: فهو مُختارٌ، ولا شيءَ على الْمُكرِه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن الإعتاقَ يَتجزَّأُ عندَه، وما أَتى غيرُ ما أُكرِه عليه، فلا يَصيرُ الإتلافُ به مَنسوبًا إلى الْمُكرِه؛ ألا تَرى أن عندَه[1]: لو أمَر رَجُلًا أن يُعتِقَ نِصفَ عبدِه، فأعتَق كلَّه: كان باطِلًا، وعندَهما: الْمُكرِهَ ضامِنٌ لقِيمة العبدِ؛ لأنه لا يَتجزَّأُ عندَهما، فالإكراهُ على إعتاق النِّصفِ إكراهٌ على إعتاق الكلِّ.

ولو أُكرِه على أن يُعتِقَ كلَّه، فأعتَق نِصفَه: يَضمَنُ نِصفَ قِيمتِه عندَه.

وعندَهما: يَضمَنُ الكلَّ؛ لأن إعتاقَ النِّصفِ كإعتاق الكلِّ.

وله: أنه أَتى ببَعض ما أُكرِه عليه، فكان حُكمُ الإكراهِ ثابتًا فيما أَتى به، والنَّذرُ لا يَعمَلُ فيه الإكراهُ، حتى لو أُكرِه بوَعيد تَلَفٍ على أن يُوجِبَ على نَفسه صَدَقةً، أو صومًا، أو حجًّا، أو شيئًا يَتقرَّبُ به إلى الله تَعالى، ففَعَل: لَزِمه ذلك.

وكذا إن أكرَهه على يَمينٍ بشيءٍ من ذلك أو بغَيره؛ لأن النَّذرَ مما لا يَلحَقُه الفسخُ[2]؛ لأنه يَمينٌ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «النَّذرُ يَمينٌ»[3]، وهي مما لا يَحتمِلُ الفسخَ، وما لا يُؤثِّرُ فيه الفسخُ بعدَ وُقوعِه لا يُؤثِّرُ فيه الإكراهُ من حيث منعُ الصِّحَّةِ، كالعَتاق، وهذا لأن أثرَ الإكراهِ في فَوات الرِّضا، وأثَرُه في عَدَم اللُّزومِ، وأثَرُه في ثُبوت

---

(١) في (ب): عبده، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

(٢) في (هـ): مما لا يَلحَقُه الفسخُ بعدَ وُقوعِه.

(٣) رواه الإمام أحمد (١٧٣٤٠)، والطبراني ١٧/ ٣١٣، وأبو يعلى (١٧٤٤)، ولفظ الأول: «إنما النذر يمين، كفارتها كفارة اليمين».

حقِّ الفسخِ، فما لا يَحتمِلُ الفسخَ لا يَتأتّى فيه أثَرُ الإكراهِ، فلا يُؤثِّرُ فيه الإكراهُ.

ولا يَرجِعُ على الْمُكرِه مما يَلزَمُه من ذلك؛ لأنه أوجَب عليه حُكمًا يُطالَبُ به في الآخِرة، ولا يَظهَرُ أثَرُه في الدُّنيا من حيث الإلزامُ، فلو أوجَبنا عليه الضَّمانَ لأخَذه الحاكِمُ وحَبَسه فيه، فيَكونُ زائِدًا على ما أوجَبه، وهذا لا يَجوزُ.

وكذا لو أكرَهه على أن يُظاهِرَ من امرَأته كان مُظاهِرًا، ولا يَقرَبُها حتى يُكفِّرَ؛ لأن الظِّهارَ من أَسباب التَّحريمِ، كالطَّلاق، فيَستَوي فيه الجِدُّ والهزلُ، والإكراهُ والطَّوعُ.

وكذا الرَّجعةُ؛ لأنه استِدامةٌ للنِّكاح، فكانت مُلحقَةً به.

وكذا الإيلاءُ؛ لأنه يَمينٌ في الحال، وطَلاقٌ في الْمَآل، والإكراهُ لا يَمنَعُ كلَّ واحِدٍ منهما.

وكذا الفيءُ فيه؛ لأنه يَصِحُّ[1] مع الهزلِ؛ لأنه كالرَّجعة في الاستِدامة، والخُلعُ من جانِب الزَّوجِ طَلاقٌ أو يَمينٌ، فلا يُؤثِّرُ فيه الإكراهُ؛ وهذا لأن الإكراهَ لا يَمنَعُ وُقوعَ الطَّلاقِ بغَير جُعلٍ، فكذا بالجُعل، فلو كان هو مُكرَهًا على الخُلع، والْمَرأةُ غيرَ مُكرَهةٍ: لَزِمها البدَلُ؛ لأنها التَزمَتْه طائِعةً بإزاء ما سَلِم لها من البَينونة.

وإن أكرَهه على الزِّنى وَجَب عليه الحدُّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، إلا أن يُكرِهَه السُّلطانُ.

وعندَهما: لا يَجِبُ الحدُّ، وقد مَرَّت في الحُدود.

وعلى الرِّدّة: لم تَبِن زَوجتُه.

وإن أُكرِه على الرِّدّة لم تَبِن زَوجتُه منه؛ لأن الرِّدّةَ تَتعلَّقُ بالاعتِقاد؛ ألا تَرى أنه لو نَوى أن يَكفُرَ يَصيرُ كافِرًا وإن لم يَتكلَّم به، والإكراهُ دالٌّ على عَدَم تَغيُّرِ الاعتِقادِ، فلم

---

(١) في (ب): لا يصح، وكلمة (لا) شطبت في (أ).

يُحكَم بالرِّدَة، فلم تَبِن امرأتُه منه.

فإن قالت الْمَرأَةُ: (قد بِنتُ منك)، وقال هو: (قد أظهَرتُ ذلك وقَلبي مُطمئِنٌّ بالإيمان): فالقولُ قولُه استِحسانًا؛ لأنه مُنكِرٌ للفُرقة.

بخِلاف ما لو أُكرِه النَّصرانيُّ على الإسلام؛ فإنه يَصيرُ مُسلِمًا؛ لأنه وُجِد أحدُ الرُّكنَين، وفي الرُّكن الثّانِي احتِمالٌ، فرَجَّحنا جانِبَ الوُجودِ احتِياطًا.

فأما الرِّدَّةُ: فتَعتَمِدُ محضَ الاعتِقادِ، وقد وَقَع الشَّكُّ في اعتِقاده الكُفرَ، فلا يَثبُتُ بالشَّكِّ احتِياطًا، فرَجَّحنا الإسلامَ[1] في الحالَين؛ لأنه يَعلو ولا يُعلى.

وهذا بَيانُ الحُكمِ، أما فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى إذا لم يَعتقِد: فليس بمُسلِمٍ.

ولو أُكرِه على الإسلام حتى أسلَم، ثم رَجَع عن الإسلام: لا يُقتَلُ؛ لأنه لَمّا تَمكَّنت الشُّبهةُ اعتبَرنا الإسلامَ ودَرَأنا القتلَ؛ لاحتِمال عدَمِ الرِّدّةِ.

ولو قال الذي أُكرِه على إجراء كَلِمةِ الكُفرِ: (خَطَر ببالي في قَولي: كَفرتُ بالله: أن أُخبِرَ عن أمرٍ ماضٍ كَذِبًا، ولم أكُن فَعَلتُ ذلك فيما مَضى): بَانت منه امرأتُه حُكمًا، ولم تَبِن فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى؛ لأنه أخبرَ أنه أَتى بغَير ما أُكرِه عليه، فصار في ذلك طائِعًا.

ومن أقَرَّ بالكُفر فيما مَضى طائِعًا، ثم قال: (عَنَيتُ به كَذِبًا): لا يُصدِّقُه القاضِي؛ لأنه خِلافُ الظّاهِرِ، ويُصدَّقُ فيما بينَه وبينَ ربِّه؛ لأنه نَوى ما يَحتمِلُه لفظُه، كذا هنا.

ولو قال: (خَطَر ببَالي الإخبارُ عما مَضى، وما أَردتُ به الخبَرَ، بل أَردتُ به الإنشاءَ كما طُلِب مني): فقد أقَرَّ بالكُفر حَقيقةً؛ لأنه بعدَما خَطَر هذا ببَاله فقد تَمكَّن من الخُروج عما ابتُلِي به، فإذا لم يَفعَل وأنشَأ الكُفرَ كان بمَنزِلةِ من أجرى كَلِمةَ الشِّركِ[2]

---

(١) في (ج): جانب الإسلام.

(٢) في (ب) و(هـ): الكفر.

طائِعًا، فتَبينُ امرَأتُه في القَضاء وفيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى.

ولو قال: (لم يَخطُر ببَالي شيءٌ، ولكني كَفَرتُ بالله كُفرًا مُستقبلًا، وقَلبي مُطمئِنٌّ بالإيمان): لم تَبِن منه امرَأتُه؛ لأنه فَعَل ما فَعَل مُضطرًّا مُكرَهًا، وهو مُرخَّصٌ في ذلك إذا كان قلبُه مُطمئِنًّا بالإيمان.

وعلى هذا: إذا أُكرِه على الصَّلاة للصَّليب، أي[1] يَسجُدُ لهذا الصَّليبِ، وسبِّ محمدٍ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ، ففَعَل وقال: (خَطَر ببَالي الصَّلاةُ لله تعالى، وسبُّ رَجُلٍ آخرَ، ونَوَيتُ به ذلك): بَانت مَنكوحتُه في الحُكم، ولم تَبِن فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى.

ولو صَلّى للصَّليب، وسَبَّ محمدًا النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقد خَطَر ببَاله الصَّلاةُ لله وسبُّ غيرِ النَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: بَانت منه امرَأتُه دِيانةً وقَضاءً؛ لأنه أمكَنه دفعُ ما أُكرِه عن نَفسه، فإذا لم يَفعَل كان مُختارًا.

قال في «المَبسوط»: وهذه المَسألةُ تَدُلُّ على أن السُّجودَ لغَير اللهِ تَعالى على وَجه التَّعظيمِ كُفرٌ.

وإن لم يَخطُر ببَاله شيءٌ، وصَلّى للصَّليب، أو سَبَّ محمدًا عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ.. وقلبُه مُطمئِنٌّ بالإيمان: لم تَبِن مَنكوحتُه لا قَضاءً ولا دِيانةً؛ لأنه فَعَل مُكرَهًا؛ لأنه تَعيَّن ما أُكرِه عليه، ولم يُمكِنه دفعُه عن نَفسه إذا لم يَخطُر بباله غيرُه.

وعلى دُخول نارٍ، أو وُقوعٍ من عَلٍ.. بقتلٍ: خُيِّرَ(س م)، كحَريقٍ(س م) وَقَع في فُلْكٍ، وعَلِم أنه لو صَبَر احترَق، ولو أُوقِع في الماء غَرِق.

ولو قال: (لأقتلنَّك أو لتُلقيَنَّ نفسَك في النّار، أو من الجَبَل)، والإلقاءُ بحيث لا

---

(1) في (هـ): أن.

يَنجو منه(1)، ولكن فيه نوعُ خِفّةٍ: فإن شاء فَعَل ذلك، وإن شاء لم يَفعَل وصَبَر حتى يُقتَل عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه ابتُلِي بينَ بَلِيَّتين، فيَختارُ ما هو أهوَنُ في زَعمه.

وعندَهما: يَصبِرُ ولا يَفعَلُ ذلك؛ لأن مُباشَرةَ الفِعلِ سعيٌ في إهلاك نفسِه، فيَصبِرُ تَحاميًا عنه.

وأصلُه: أن الحَريقَ إذا وَقَع في سَفينةٍ، وعَلِم أنه لو صَبَر فيه احترَق، ولو أوقَع نفسَه في الماء غَرِق.. فعندَه: يَختارُ أيَّهما شاء، وعندَهما: يَصبِرُ.

ثم إذا ألقى نفسَه في النّار فاحترَق: فعلى الْمُكرِه القِصاصُ عندَه؛ للإكراه، وعندَهما: لا قِصاصَ؛ لأنه مُختارٌ.

ولو قَطَع يدًا كَرْهًا، ورِجلًا بدُونه، فمات: اقتُصَّا(س).

وإن أُكرِه على أن يَقطَعَ يدَ رَجُلٍ بحَديدةٍ، فقَطَع يدَه، ثم قَطَع رِجلَه بغَير إكراهٍ، فمات الْمَقطوعُ من ذلك: يَجِبُ القِصاصُ على القاطِع والْمُكرِهِ؛ لأنه مات بفِعلَين أحَدُهما انتقَل إلى الْمُكرَه، والآخرُ اقتصَر على القاطِع، فصارا قاتِلَين.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليهما الدِّيَةُ في ماليهما؛ لأن في قَطع اليدِ على الْمُكرِه الدِّيَةَ عندَه، فصار نَصيبُ الآخرِ مالًا ضَرورةً.

(ألقِ من الجَبَل أو أقتُلَك)، فألقَى: فدِيَتُه(م) على عاقِلة(س) الْمُكرِهِ، وفي ماله(ز و) لو قال: (اقتُلني)، فقَتَله.

ولو قال له: (لتُلقِيَنَّ نفسَك من رَأس الجبَلِ أو لأقتُلنَّك بالسَّيف)، فألقى نفسَه، فمات.. فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَجِبُ الدِّيَةُ على عاقِلة الْمُكرِهِ؛ لأنه لو باشَره لا يَجِبُ

---

(1) كذا في (هـ)، وفي (ب): لا ينجو عنه، وفي الباقي: لا ينحو عنه.

عليه القِصاصُ؛ لأنه قتلٌ بالْمُثقَّل، بل فيه الدِّيَةُ على العاقِلة، فكذا إذا أُكرِه عليه.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجِبُ الدِّيَةُ على الْمُكرِه؛ لأن القتلَ بالْمُثقَّل عندَه وإن كان يُوجِبُ القِصاصَ.. ولكن لا قِصاصَ عندَه في الإكراه، وفيه الدِّيَةُ على الْمُكرِه في ماله.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ القِصاصُ على الْمُكرِه؛ لأنه كالقَتل بالسَّيف عندَه، وعلى الْمُكرِه القِصاصُ عندَه.

ولو قال لآخرَ: (اقتُلني)، فقتَله: تَجِبُ الدِّيَةُ في ماله في الصَّحيح، وهو رِوايةُ «الأصلِ»؛ لأن الإباحةَ لا تَجري في النُّفوس، فكان يَنبَغي أن يَجِبَ القِصاصُ، كما قال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ، وإنما سَقَط: للشُّبهة باعتِبار الإذنِ، فتَجِبُ الدِّيَةُ في مال القاتِلِ؛ لأنه عمدٌ، والعاقِلةُ لا تَتحمَّلُه.

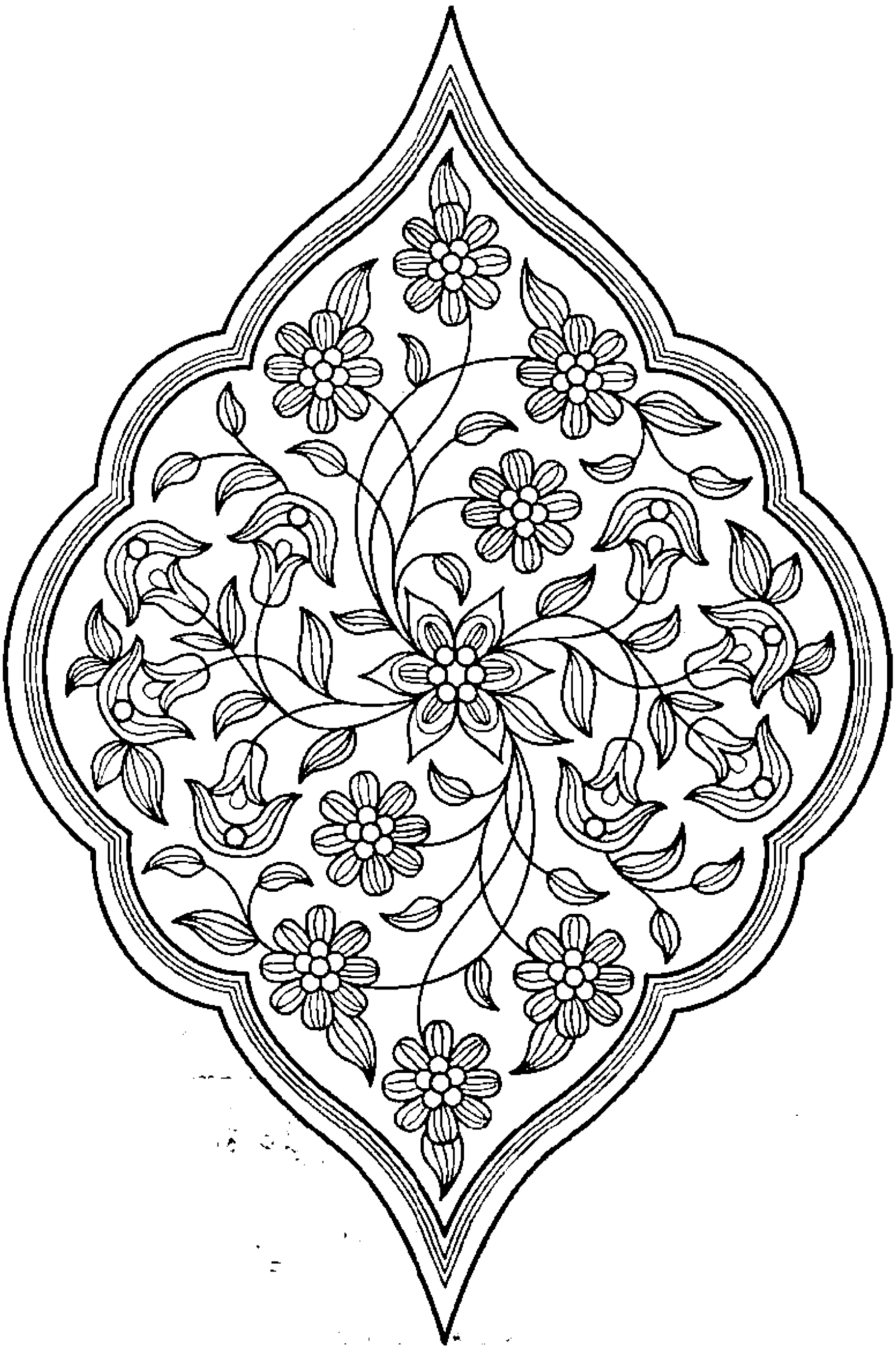
وفي رِوايةٍ: لا يَجِبُ شيءٌ؛ لأن نفسَه حقُّه، وقد أذِن بإتلاف حقِّه، فصار كإذنه بإتلاف مالِه، وثَمَّ لا ضَمانَ، فكذا هنا.

رَضِيَت بمهرٍ ناقِصٍ بعدَ الإكراهِ، لا الوَلِيُّ: فُرِّق(س م) إن لم يُكمَّل، واللهُ أعلَمُ.

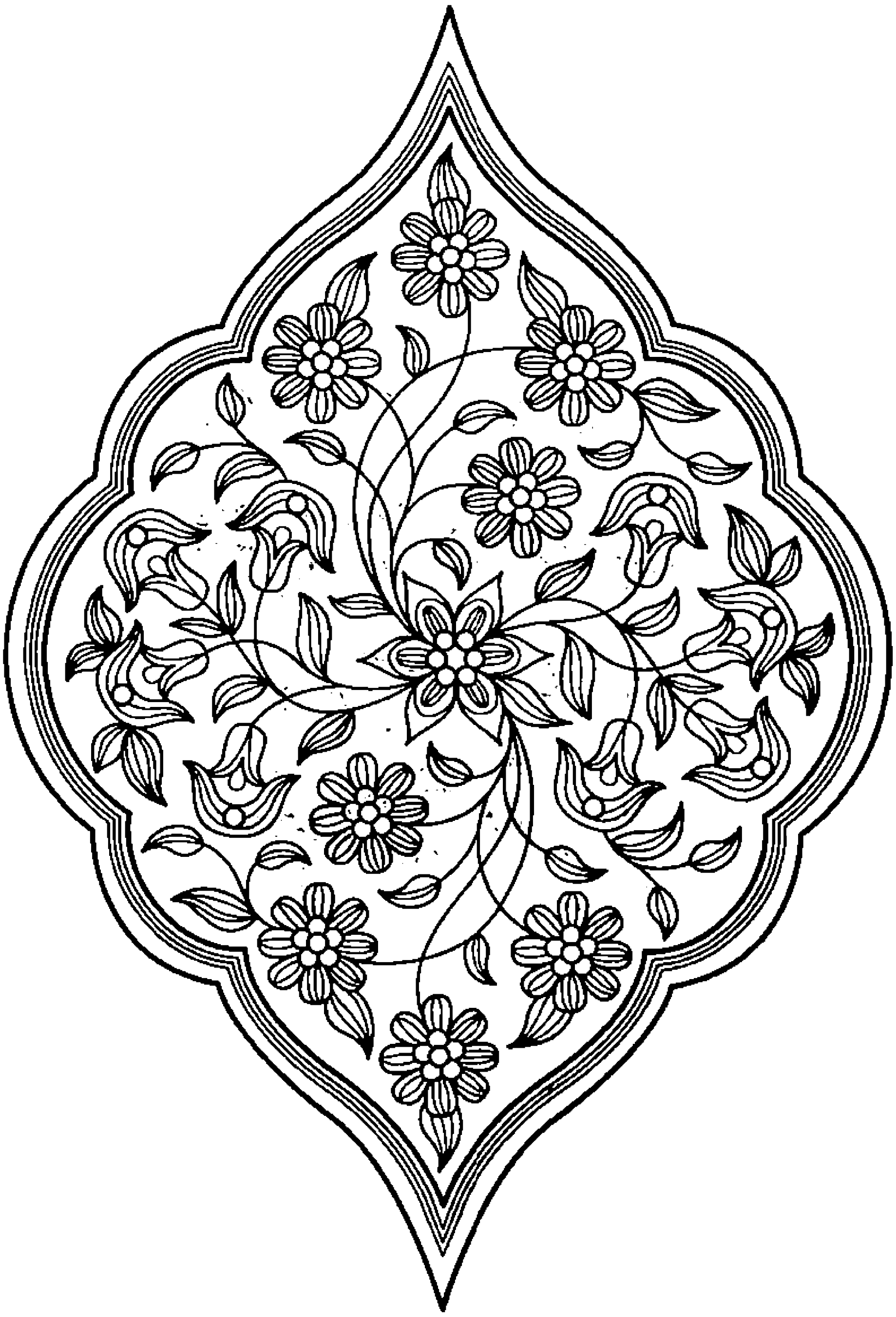
وإذا أُكرِه الوليُّ والْمَرأةُ على التَّزويج بمهرٍ فيه غَبنٌ فاحِشٌ، ثم زال الإكراهُ، فرَضِيَت الْمَرأةُ ولم يَرضَ الوليُّ: فللوليِّ طلَبُ الفِراقِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن التَّبليغَ إلى مَهر الْمِثلِ حقُّ الأولياءِ؛ لأنهم يَتعيَّرون بالنُّقصان.

وقالا: ليس له ذلك؛ لأن المهرَ خالِصُ حقِّها، حتى تَملِكُ هِبتَه(١).

(١) في سوى (ج) و(هـ): هبتها.



كِتَابُ الحَجْرِ



كتاب الحجر

كِتابُ الحَجْرِ(١)

هو: منعٌ عن التَّصرُّف قولًا، بصِغَرٍ، ورِقٍّ، وجُنونٍ.

هو في اللُّغة: المنعُ، ومنه سُمِّي الحَطيمُ حِجْرًا: لأنه مَنَع من الكَعبة، وسُمِّي العقلُ حِجرًا: لأنه يَمنَعُه عن القَبائِح، قال اللهُ تَعالى: ﴿ هَلۡ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٞ لِّذِي حِجۡرٍ﴾ [الفجر: ٥]، أي لذي عقلٍ.

وفي الشَّرع: منعٌ عن التَّصرُّف قولًا، بصِغَرٍ، ورِقٍّ، وجُنونٍ.

فاللهُ تَعالى خَلَق الوَرى ومَيَّز بينَهم في الحِجا، فجَعَل بعضَهم ذوي النُّهى، ومنهم أعلامَ الهُدى ومَصابيحَ الدُّجى، وجَعَل بعضَهم مُبتلًى ببَعض أسبابِ الرَّدى، كالْمَجنون الذي هو عَديمُ العقلِ، والْمَعتوهِ الذي هو ناقِصُ العقلِ، والصَّبيِّ، فأثبَت الحَجْرَ على هؤلاء نظَرًا.

فلا يَصِحُّ تَصرُّفُ صَبيٍّ وعبدٍ بلا إِذن وَليٍّ وسَيِّدٍ، ومَجنونٍ مَغلوبٍ بحالٍ.

فلا يَصِحُّ تَصرُّفُ صبيٍّ إلا بإذن وليِّه؛ لعَدَم عقلِه، أو لنُقصانه إذا صار مُميِّزًا، غيرَ أنه بإِذن الوليِّ يَنجبِرُ النُّقصانُ، فالتَحَق بالبالِغ.

---

(١) الحجر في اللغة: مطلق المنع، وفي الاصطلاح: منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي؛ لصغر، ورق، وجنون. «التعريفات» ص٨٢.

ولا تَصرُّفُ عبدٍ إلا بإذن سيِّده؛ رِعايةً لحقِّ سيِّده؛ كيلا تَتعطَّل مَنافِعُ مَملوكِه، ولا تُملَكَ رَقَبتُه بتعلُّق الدَّينِ به؛ لأن رَقَبتَه مِلكُ الْمَولى، لكنه إذا أذِن في التَّصرُّف جاز؛ لأنه رَضِي بفَوات حقِّه.

ولا تَصرُّفُ الْمَجنونِ الْمَغلوبِ بحالٍ، أي الذي لا يُفيقُ أصلًا، لفُقدان الأهلِيّةِ؛ لأنها بالعَقل والتَّميزِ، بخِلاف العبدِ؛ فإنه أهلٌ في نَفسه، وإنما المنعُ لحقِّ الْمَولى، وبخِلاف الصَّبيِّ؛ فإنه تُنتظَرُ أهلِيّتُه، فلهذا يَنفُذُ تَصرُّفُهما بإذن الْمَولى والوليِّ.

وتَصرُّفُ الْمَجنونِ الْمَغلوبِ لا يَنعقِدُ أصلًا؛ لأنه عَديمُ العقلِ لا إلى الإصابة عادةً.

ومن عَقَد عاقِلًا: أُجيز أو فُسِخ.

ومن باع من هؤلاء شيئًا أو اشتَراه وهو يَعقِلُ البيعَ ويَقصِدُه: فالوليُّ بالخِيار، إن شاء أَجازه إذا كان فيه مَصلَحةٌ، وإن شاء فَسَخ.

والْمُرادُ بهؤلاء: الصَّبيُّ، والعبدُ، والْمَجنونُ الذي يُجَنُّ ويُفيقُ، وهو الْمَعتوهُ الذي يَصلُحُ وَكيلًا عن غيره، وهو قد يَعقِلُ البيعَ ويَقصِدُه، وإن كان لا يُرجِّحُ الْمَصلَحةَ على الْمَفسَدة، لا الذي ذَهَب عقلُه؛ فإن تَصرُّفَه لا يَصِحُّ وإن لَحِقَتْه الإجازةُ؛ لعَدَم الانعِقادِ.

وبقَوله: (يَعقِلُ البيعَ): أن يَعرِفَ أن البيعَ جالِبٌ للثَّمَن سالِبٌ للمَبيع، والشِّراءَ بعَكسه.

وبقَوله: (ويَقصِدُه[1]): أن يَقصِدَ إثباتَ حُكمِه، وفيه احتِرازٌ عن الهازِل؛ فإنه لا يَقصِدُ حُكمَه؛ وهذا لأن التَّوقُّفَ في تَصرُّف العبدِ لحقِّ الْمَولى، وفي الصَّبيِّ والْمَجنونِ لحقِّهما، فيَتحرّى[2] الْمَصلَحةَ في تَصرُّف هؤلاء، ولا بُدَّ أن يَعقِلا البيعَ ليَتحقَّقَ رُكنُ البيعِ، فيَنعقِدُ مَوقوفًا على الإجازة.

---

(١) في (ب) و(هـ): وبقصده، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

(٢) في (هـ): فتجري.

فإن قِيل: التَّوقُّفُ يَستقيمُ في البَيع، أما الشِّراءُ فلا يَتوقَّفُ، بل يَنفُذُ على الْمُباشِر.

قُلنا: الشِّراءُ إذا وَجد نَفاذًا على الْمُباشِر يَنفُذُ عليه، كالفُضوليِّ إذا اشتَرى مالَ إنسانٍ لآخرَ، فإنه يَنفُذُ عليه ولا يَتوقَّفُ، أما إذا لم يَجِد نَفاذًا لعَدَم الأهلِيّةِ، كما في الصَّبيِّ والْمَجنونِ، أو لضَرَر الْمَولى، كما في العَبد: فيَتوقَّفُ.

وهذا لأن الشِّراءَ يَلزَمُ العاقِدَ، ثم يَنتقِلُ من جِهَته إلى الآمِر إذا وُجِد الأمرُ؛ لِما مَرَّ أن الوَكيلَ بالشِّراء يَصيرُ كالْمُملِّك من مُوكِّله، فإذا كان بغَير أمرٍ يَنفُذُ على العاقِد، ولا يَنتقِلُ إلى الغَير، وهذه الْمَعانِي الثَّلاثةُ تُوجِبُ الحَجْرَ في الأَقوال[1] دونَ الأفعالِ؛ لأنه لا مَرَدَّ لها؛ لوُجودها حِسًّا ومُشاهَدةً.

فإنه إذا قَتَل إنسانًا، أو قَطَع يدَه، أو أَراق شيئًا.. لا يُمكِنُ أن يُجعَلَ القتلُ والقطعُ والإراقةُ كالعَدَم؛ لأنه يُؤدِّي إلى أن لا يَكونَ الْمَقتولُ والْمَقطوعُ والْمُراقُ مَقتولًا ومَقطوعًا ومُراقًا، وهو دُخولٌ في السُّوفُسطائيّة وإنكارِ الحَقائقِ، بخِلاف الأقوالِ؛ فإن اعتِبارَها بالشَّرع.

أما الإنشاءاتُ: فظاهِرٌ؛ إذ التَّطليقُ، والإعتاقُ، والبيعُ[2]، والهِبةُ، ونحوُها.. لا تُؤثِّرُ في المحَلِّ حِسًّا، وإنما صار المحَلُّ مُحرَّمًا ومُحرَزًا[3] ومَملوكًا بالشَّرع.

وأما الإخباراتُ، كالأقارِير والشَّهاداتِ: فمُوجَبيّتُها عُرِفت شرعًا؛ لأنها دَلالاتٌ على[4] الْمُخبَر عنه، ويَجوزُ[5] أن لا يَقعَ دَلالةً؛ لأنها تَحتمِلُ الصِّدقَ والكَذِبَ بذاتها،

(١) في (هـ): الأموال.

(٢) في (هـ): كالبيع.

(٣) في سوى (هـ): ومحررًا.

(٤) في (أ): عن.

(٥) في (أ): فيجوز.

ولأن القصدَ شرطُ اعتِبارِ القولِ[1]؛ إذ الكَلامُ الْمُعتبرُ ما يَكونُ مَوجودًا بصُورته ومَعناه، ومَعنى الكَلامِ لا يُوجَدُ إلا بالقَصد، وهو يَكونُ بالعَقل، ولا عقلَ للصَّبيِّ والْمَجنونِ، فلا يَكونُ لهما قصدٌ.

واعتِبارُ الفِعلِ لا يَتوقَّفُ على القَصد، فالنّائمُ إذا انقَلَب على مال إنسانٍ وأتلَفه: يَضمَنُ وإن عُدِم القصدُ، إلا إذا كان فِعلًا يَتعلَّقُ به حُكمٌ يَسقُطُ بالشُّبُهات، كالحُدود والقِصاصِ، فيُجعَلُ عدَمُ القصدِ في ذلك شُبهةً في حقِّ الصَّبيِّ والْمَجنونِ، حتى لا يَجِبُ عليهما الحدُّ بالزِّنى والسَّرقةِ وشُربِ الخمرِ، وقطعِ الطَّريقِ، والقِصاصُ بالقَتل[2]، فلا تَصِحُّ عُقودُ الصَّبيِّ والْمَجنونِ وإقرارُهما؛ لِما بَيَّنّا.

ولا يَقَعُ طَلاقُهما وعَتاقُهما؛ لِما مَرَّ في الطَّلاق والعَتاقِ، ولا يَتوقَّفان على إجازة الوليِّ، ولا يَنفُذان بمُباشَرة الوليِّ؛ لأنهما من الْمَضارّ، فلا يُؤهَّلان لهما، ولا وُقوفَ للوليِّ على مَصلَحة الطَّلاقِ[3]؛ لأن ذا يَعتمِدُ العِلمَ بتَبايُن أخلاقِهما وتَنافُرِ طِباعِهما، إذا بَلَغ الصَّغيرُ حدَّ الشَّهوةِ، ولا عِلمَ للوليِّ بذلك، بخِلاف سائِرِ العُقودِ؛ لإمكان وُقوفِه على الْمَصلَحة.

وإن أتلَفوا شيئًا: ضَمِنوا.

ولو أتلَف هؤلاء مالَ الغيرِ يَضمَنون؛ إحياءً لحقِّ الْمُتلَفِ عليه في المحَلِّ الْمَعصومِ؛ وهذا لِما مَرَّ أن لا حَجْرَ في الأفعال، فانعَقَد الإتلافُ مُوجِبًا للضَّمان، وإن عُدِم القصدُ من الصَّبيِّ والْمَجنونِ؛ ألا تَرى أن الحائِطَ المائِلَ بعدَ الإشهادِ إذا تَلِف به شيءٌ يَضمَنُ

(١) في (هـ): للقبول.

(٢) في (د): بالقطع.

(٣) في (أ): ولا وقوف على مصلحية الطلاق.

صاحِبُ الحائِطِ، وإن عُدِم القصدُ من صاحِبه في سُقوطه.

فأما العبدُ: فإقرارُه نافِذٌ في حقِّ نفسِه؛ لِقيام أهلِيّتِه؛ لكَونه مُكلَّفًا، غيرُ نافِذٍ في حقِّ سيِّدِه؛ رِعايةً لحقِّ سيِّدِه؛ وهذا لأن نَفاذَه في حقِّه لا يَخلو عن تَعلُّق الدَّينِ برَقَبته أو كسبِه، وكِلاهما لسيِّده، فلا يُستحَقُّ بإقراره؛ لأن إقرارَ الإنسانِ لا يُقبَلُ على غَيره إلا بوِلايةٍ، ولا وِلايةَ للعَبد على الْمَولى.

فإن أقَرَّ العبدُ بمالٍ: لَزِمه بعدَ عِتقِه، وفي الحال لو بحَدٍّ وقِصاصٍ.

فإن أقَرَّ بمالٍ: لَزِمه بعدَ الحُرِّيّةِ؛ لتَحقُّق الأهلِيّةِ بالعَقل والبُلوغِ، وانتِفاءِ المانِعِ، ولم يَلزَمه في الحال؛ لتَحقُّق المانِعِ.

وإن أقَرَّ على نَفسه بحدٍّ أو قِصاصٍ: لَزِمه في الحال؛ لأنه مُبقًّى على أَصل الحُرِّيّةِ في حقِّ الحُدودِ والقِصاصِ؛ لأنهما من خَواصِّ الإنسانيّةِ، وهو ليس بمَملوكٍ من حيث إنه آدميٌّ، وإن[1] كان مَملوكًا من حيث إنه مالٌ، ولهذا لا يَصِحُّ إقرارُ الْمَولى عليه بهما.

وإذا بَقِي على أَصل الحُرِّيّةِ فيهما يَنفُذُ إقرارُه فيهما؛ لأنه أقَرَّ بما هو حقُّه، وبُطلانُ حقِّ الْمَولى ضِمنيٌّ.

فإن قِيل: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يَملِكُ العبدُ والْمُكاتَبُ شيئًا إلا الطَّلاقَ»[2].. يَقتَضي أن لا يَملِكَ الإقرارَ بالحُدود والقِصاصِ.

قُلنا: لَمّا بَقِي على أَصل الحُرِّيّةِ فيهما يَكونُ هذا إقرارَ الحُرِّ لا إقرارَ العبدِ، ولأن قولَه تَعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القِيامَة: ١٤] يَقتَضي أن يَصِحَّ.

---

(١) في (ب) و(د): وإذا.

(٢) تقدم تخريجه.

ولا يُقالُ: إنه خُصَّ عنه[1] الإقرارُ بالمال: لأن النَّصَّ لم يَتناوَله؛ إذ إقرارُه بالمال يُلاقِي حقَّ الغيرِ، والنَّصُّ يَتناوَلُ الإقرارَ على نَفسه.

فإن قِيل: يُحمَلُ النَّصُّ على الحُرّ؛ دفعًا للتَّعارُض.

قُلنا: يُحمَلُ الأثَرُ على غَير هذه الصُّوَرِ[2]؛ دفعًا للتَّعارُض.

ويَنفُذُ طَلاقُه؛ لِما رَوَينا، ولقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «كلُّ طَلاقٍ واقِعٌ إلا طَلاقَ الصَّبيِّ والْمَعتوهِ»[3]، ولأنه يَختصُّ بالإنسانيّة، فكان كالحُرِّ فيه.

---

(١) في (هـ): منه.

(٢) في (ج) و(هـ): الصورة.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٦١: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الترمذي في الطلاق (١١٩١) عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله». انتهى. وقال: حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وهو ضعيف ذاهب الحديث. انتهى.

قلت: وروى ابن أبي شيبة (١٧٩٣٥) عن ابن عباس موقوفًا: لا يجوز طلاق الصبي، وأخرج عن علي (١٧٩١٢) بإسناد صحيح: كل طلاق جائز إلا طلاقَ المعتوه، وروي هذا مرفوعًا عن أبي هريرة، أخرجه الترمذي (١١٩١). اهـ وأثر سيدنا علي رواه البخاري تعليقًا ٧/ ٤٥، وأثر ابن عباس رواه الدارمي أيضًا (٣٣٣٧). وانظر «الدراية» ٢/ ٦٩.

باب الحجر للفساد

لا[1] بسَفَهٍ[2] (س م).

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُحجَرُ على الحُرِّ العاقِلِ البالِغِ السَّفيهِ، وتَصرُّفُه في ماله جائِزٌ، وإن كان مُبذِّرًا مُفسِدًا يُتلِفُ مالَه فيما لا غرَضَ له فيه ولا مَصلَحةَ.

اعلَم أن الحَجْرَ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ على الحُرِّ العاقِلِ البالِغِ: لا يَجوزُ بسَبَب السَّفَهِ، والدَّينِ، والفِسقِ، والغَفلةِ.

وعندَهما: يَجوزُ بغَير الفِسقِ، وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ بالكلّ.

وإنما يَصِحُّ الحَجْرُ عندَهما في تَصرُّفاتٍ لا تَصِحُّ مع الهزلِ والإكراهِ، كالبَيع، والإجارةِ، والهِبةِ، والصَّدَقةِ، وما يَحتمِلُ الفسخَ.

وكلُّ تَصرُّفٍ لا يَحتمِلُ الفسخَ، كالطَّلاق، والعَتاقِ، والنِّكاحِ: لا يَجوزُ الحَجْرُ فيه إجماعًا، وكذا الأسبابُ الْمُوجِبةُ للعُقوبة، كالحُدود والقِصاصِ.

والسَّفَهُ: هو العمَلُ بخِلاف مُوجَبِ الشَّرعِ، واتِّباعُ الهَوى، وتركُ ما يَدُلُّ عليه الحِجا.

---

(١) أي لا يكون الحجر بسفه.

(٢) السفه: عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب فتحمله على العمل، بخلاف طور العقل، وموجَب الشرع. «التعريفات» ص١١٩.

سَفِه سَفَهًا من باب تعب، وسَفُه بالضم سفاهةً فهو سفيه، والأنثى سفيهة، والجمع سفهاء، والسَّفَه: نقص في العقل، وأصله الخفة. «المصباح» ١/ ٢٨٠.

والسَّفيهُ: مَن عادتُه التَّبذيرُ والإسرافُ في النَّفقة، وأن يَتصرَّفَ تصرُّفاتٍ لا لغرَضٍ، أو لغرَضٍ لا يَعُدُّه العُقَلاءُ من أَهل الدِّيانةِ غرَضًا، مِثلَ دفعِ المالِ إلى الْمُغنِّين واللَّعّابِين، وشِراءِ الحَمامةِ الطَّيّارةِ بثمَنٍ غالٍ، والغَبنِ في التِّجارات من غَير مَحمَدةٍ.

وأصلُ الْمُسامَحةِ في التَّصرُّفات والبِرِّ والإحسانِ مَشروعٌ، إلا أن الإسرافَ حَرامٌ، كالإسراف في الطَّعام والشَّرابِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمۡ يُسۡرِفُواْ وَلَمۡ يَقۡتُرُواْ﴾ [الفُرقان: ٦٧].

وأما الكَلامُ في الحَجْر على السَّفيه والمنعِ من التَّصرُّف في ماله.. فلهم: أنه مُبذِّرٌ مالَه؛ لصَرفه لا على وجهٍ يَقتَضيه العقلُ والحِكمةُ، فيُحجَرُ عليه نظَرًا له لِدينه لا لسَفَهه، كالصَّبيِّ، بل أَولى؛ لأن الصَّبيَّ إنما حُجِر عليه لتَوهُّم التَّبذيرِ منه، وهنا قد تَحقَّق التَّبذيرُ.

واعتَبَراه بمَنع المالِ، فإنَّ منْعَ المالِ عنه بطَريق النَّظَرِ له، فكذا الحَجْرُ عن التَّصرُّف؛ وهذا لأن منْعَ المالِ غيرُ مَقصودٍ لعَينه، بل لإبقاء مِلكِه، ولا يَحصُلُ هذا الْمَقصودُ متى بَقِي مُطلَقَ التَّصرُّفِ؛ لأنه يُقِرُّ به لغَيره، ويَبيعُه بغَبنٍ فاحِشٍ، ويَأمُرُ الوليَّ بالتَّسليم إليه.

وله: أنه حُرٌّ مُخاطَبٌ، فكان مُطلَقَ التَّصرُّفِ في ماله، كالرَّشيد؛ وهذا لأن الحُرِّيَّةَ أمارةُ المالِكيّةِ، والخِطابُ أمارةُ القُدرةِ على التَّصرُّفات؛ لأنه دَليلُ اعتِبارِ عقلِه، وهو دَليلُ القُدرةِ على التَّصرُّف[1]؛ فإنه كَلامٌ مُلزِمٌ، واعتِبارُ الكَلامِ بالتَّمييز، واللُّزومُ بالخِطاب، وفي إِبطال وِلايتِه إهدارُ آدَميّتِه وإِلحاقُه بالْمَجانين والبَهائمِ، فلا يَكونُ فيه نظَرٌ، بل الضَّرَرُ فيه أعظَمُ من ضَرَر التَّبذيرِ؛ لأن الإنسانَ إنما بايَن سائِرَ الحَيَواناتِ باعتِبار قولِه في التَّصرُّفات، ولا يُتحمَّلُ الأعلى لدَفع الأدنى، بل يُدفَعُ الأعلى بالأدنى.

حتى رُوِي عنه: أنه يَجوزُ الحَجْرُ على الْمُفتي الماجِنِ الذي يُعلِّمُ النّاسَ الحِيَلَ،

---

(١) في سوى (أ) و(ج): التصرفات.

والْمُتطبِّبِ الجاهِلِ، والْمُكارِي الْمُفلِسِ؛ لأن فيه دفْعَ الضَّرَرِ العامِّ، فالْمُفتِي الماجِنُ يُفسِدُ على النّاس دِينَهم، والْمُتطبِّبُ الجاهِلُ يُفسِدُ أبدانَهم، والْمُكارِي الْمُفلِسُ يُتلِفُ أموالَهم؛ فإنه إذا ماتت دابّتُه في الطَّريق وليس له أُخرى، ولا يُمكِنُه شِراءُ أُخرى ولا الاستِئجارُ.. فيُؤدِّي إلى إتلاف أموالِ النّاسِ، فيُدفَعُ الأَعلى بالأَدنى.

والاعتِبارُ بمَنع المال باطِلٌ؛ لأنه ثَبَت غيرَ مَعقولِ الْمَعنى؛ لأنه منعُ المالِ عن مالِكه، والْمِلكُ هو الْمُطلِقُ الحاجِرُ[1]، فمنعُ المالِكِ عن التَّصرُّف فيه وتَجويزُ تَصرُّفِ غيرِه فيه غيرُ مَعقولٍ.

ولأنه عُقوبةٌ شُرِعت زجرًا له عن التَّبذير، فلا تَحتمِلُ الْمُقايَسةَ.

ولأن اليدَ للآدَميِّ على المال نِعمةٌ زائِدةٌ، وإطلاقُ اللِّسانِ في التَّصرُّفات نِعمةٌ أصلِيّةٌ، فلا يُقاسُ إبطالُ أَعلى النِّعمتَين على أَدناهما.

وكذا بالصَّبيّ؛ لأنه لَمّا كان عاجِزًا عن النَّظَر لنَفسه احتَجْنا إلى صَيرورة الغيرِ وليًّا له، فصار مَوْليًّا عليه ضَرورةً، والْمَوليُّ عليه لا يَلِي التَّصرُّفَ[2].

والسَّفيهُ قادِرٌ على النَّظَر لنَفسه بكَمال عقلِه، وإن كان يَعدِلُ عن سَنَن العقلِ بهَواه، ومنعُ المالِ عنه مُفيدٌ؛ لأن التَّبذيرَ إنما يَكونُ بالهِبات والصَّدَقاتِ غالِبًا، وذا لا يَتِمُّ إلا بالقَبض، ولا إقباضَ إلا باليَد، ولا يدَ مع المنعِ.

فإن قِيل: جَعَل اللهُ تَعالى للسَّفيه وليًّا في قَوله تَعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قُلنا: السَّفيهُ هو الْمَجنونُ عندَه، وعليه كَثيرٌ من أَهل التَّأويلِ[3].

---

(١) في (هـ): الحاجز.

(٢) في نسخة على هامش (ج): التصرفات.

(٣) كذا فسره المصنف في «تفسيره» ١/ ٢٢٨، وذكره قبله السمرقندي في «بحر العلوم» ١/ ١٨٦.

ولو حَجَر القاضِي عليه، ثم رُفِع ذلك إلى قاضٍ آخرَ، فأبطَل حَجْرَه، وأطلَق عنه: جاز إطلاقُه؛ لأن القاضيَ الأوَّلَ ما قَضى بشيءٍ حتى يُقالَ: قَضى في فصلٍ مُجتهَدٍ فيه، فيَنفُذُ قَضاؤُه، بل الحَجْرُ منه فَتوى وليس بقَضاءٍ؛ لأن القَضاءَ لا بُدَّ له من مَقضيٍّ له ومَقضيٍّ عليه؛ لأنه لقَطع المُنازَعةِ، فلا بُدَّ من مُنازَعةٍ حتى تُقطَعَ، فبَقِي مُجتهَدًا فيه كما كان.

ولئن كان قَضاءً فنفسُ الحَجْرِ على السَّفيه مُجتهَدٌ فيه، فإنه باطِلٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ونفسُ القَضاءِ متى كان مُجتهَدًا فيه توَقَّف على إمضاء غيرِه، كما مَرَّ في كِتاب القَضاءِ، حتى لو رُفِع تَصرُّفُه بعدَ الحَجْرِ إلى القاضِي الحاجِرِ أو إلى غَيره، فقَضى ببُطلان تَصرُّفِه، ثم رُفِع إلى قاضٍ آخرَ: نَفَذ إبطالُه؛ لاتِّصال الإمضاءِ به، فلا يَقبَلُ النَّقضَ بعدَ ذلك.

فإن بَلَغ غيرَ رَشيدٍ[1]: لم يُؤتَ مالَه حتى يَبلُغَ خمسًا وعِشرين سَنةً.
ونَفَذ تَصرُّفه قبْلَه.

ثم عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا بَلَغ الغُلامُ غيرَ رَشيدٍ لم يُسلَّم إليه مالُه حتى يَبلُغَ خمسًا وعِشرين سنةً، فإن تَصرَّف فيه قبلَ ذلك نَفَذ تَصرُّفُه.

ويُؤتَى إن بَلَغ الْمُدّةَ(س م) مُفسِدًا.

وإذا بَلَغ خمسًا وعِشرين سنةً سُلِّم إليه مالُه وإن لم يُؤنَس منه الرُّشدُ.

وقالا: لا يُدفَعُ إليه مالُه أبدًا حتى يُؤنَسَ رُشدُه.

ولا يَجوزُ تَصرُّفُه فيه؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾

---

(١) الرشيد: هو ضد السفيه، وهو الذي يتقيد بخصوص محافظة ماله، ويتوقى من السفه والتبذير، والرشد والرشاد: الاستقامة في الطريق، وخلافه الغي. «التعريفات الفقهية» ص١٠٤.

[النِّساء : ٦] ، أَمَر بدَفع المالِ إليهم عندَ إيناسِ الرُّشدِ، فلا يَجوزُ الدَّفعُ قبلَه؛ لأن الْمُعلَّق بالشَّرط عدَمٌ قبلَ وُجودِه.

ولأن منعَ المالِ قبلَه بعِلّة السَّفَهِ، فيَبقى ببقاء العِلّةِ، ويَزولُ بزَوال العِلّةِ؛ إذ العِبرةُ لِقيام العِلّةِ وزَوالِها لا للزَّمان.

وله: قولُه تَعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النِّساء : ٢] ، والْمُرادُ به: بعدَ البُلوغِ، فهو تَنصيصٌ على وُجوب دفعِ المالِ بعدَ البُلوغِ، إلا أنه مُنِع عنه مالُه قبلَ هذه الْمُدّةِ بالإجماع، ولا إجماعَ هنا، فيَجِبُ دفعُ المالِ بالنَّصّ، والتَّعليقُ بالشَّرط لا يُوجِبُ العدَمَ عندَ العدَمِ عندَنا.

على أن الشَّرطُ رُشدٌ نكِرةٌ، فإذا صار الشَّرطُ في حُكم الوُجودِ بوجهٍ وَجَب جَزاؤُه، وأوَّلُ أحوالِ البُلوغِ قد لا يُفارِقُه السَّفَهُ باعتبارِ أثَرِ الصِّبا، وبقاءُ أثرِه كبقاء عَينِه، فإذا امتَدَّ الزَّمانُ وظَهَرت الخِبرةُ والتَّجرِبةُ.. لم يَبقَ أثرُ الصِّبا، وحَدَث ضربٌ من الرُّشد لا مَحالةَ؛ لأنه حالُ كَمالِ لُبِّه، فقد رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: يَنتَهي لُبُّ الرَّجُلِ إذا بَلَغ خمسًا وعِشرين[1].

وقال أهلُ الطَّبائعِ: من بَلَغ خمسًا وعِشرين سنةً فقد بَلَغ رُشدَه؛ ألا تَرى أنه يَصيرُ

---

(١) لم أقف عليه، وقال في «الاختيار» ٢/ ٩٧: وعن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: ينتهي لُبُّ الرجل إلى خمس وعشرين سنة، وفَسَّر الأشد ذلك في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام : ١٥٢].

قال العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٢/ ٣٦١: قال ابن عباس: ثماني عشرة سنة، قال المخرجون: نقل البغوي عن ابن عباس: هو ما بين ثماني عشرة سنة إلى أربعين، ذكره بغير إسناد، وروى الطبراني في «الأوسط» (٦٨٢٩) من طريق ابن خيثم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في هذه الآية، قال: ثلاث وثلاثون، وهو الذي رفع عليه عيسى بن مريم عَلَيْهِ السَّلَامُ، وأخرجه ابن مردويه في «تفسيره» من طريق ابن خثيم، لكن قال: عن مجاهد بدل سعيد، وقال: بضعًا وثلاثين، ولم يذكر عيسى بن مريم. انتهى.

جَدًّا صَحيحًا في هذا السِّنِّ؛ لأن أَدنى ما يَحتلِمُ الإنسانُ اثنَا عشَرَ سنةً، ثم يُولَدُ له ولَدٌ في سِتَّة أشهُرٍ، ثم يَبلُغُ ابنُه باثنَي عشَرَ سنةً، ثم يُولَدُ لوَلَده ابنٌ بعدَ سِتَّةِ أشهُرٍ، فيَصيرُ جَدًّا بعدَ خمسٍ وعِشرين سنةً.

ولهذا قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لو بَلَغ رَشيدًا[1] ثم صار سَفيهًا: لم يُمنَع منه المالُ؛ لأن هذا ليس بأثَر الصِّبا، فلا يُعتبَرُ في مَنع المالِ عنه.

ولأن منعَ المالِ عنه على سَبيل التَّأديبِ له، والاشتِغالُ بالتَّأديب عندَ رَجاءِ التَّأدُّبِ، فإذا بَلَغ خمسًا وعِشرين سنةً فقد انقَطَع رَجاءُ التَّأدُّبِ[2]، فلا مَعنى لِمَنع المالِ عنه بعدَه.

ثم لا يَتأتّى التَّفريعُ على قَوله، وإنما التَّفريعُ على قَول من يَرى الحَجْرَ، فعندَهما: إذا صَحَّ الحَجْرُ لا يَنفُذُ بيعُه إذا باع؛ تَوفيرًا لفائِدة الحَجْرِ عليه، فإن كان فيه مَصلَحةٌ أجازه الحاكِمُ؛ لأن تَصرُّفَه ليس بباطِلٍ، بل هو مَوقوفٌ؛ لاحتِمال وُقوعِه مَصلَحةً، فإذا رَأى الحاكِمُ وُقوعَه مَصلَحةً أَجازه، وإلا رَدَّه، كتَصرُّف الصَّبيِّ الذي يَعقِلُ البيعَ ويَقصِدُه.

ولو باع قبلَ حَجْرِ القاضِي جاز عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ؛ لأنه يَبلُغُ مَحجورًا عندَه؛ لأن عِلَّةَ الحَجْرِ السَّفَهُ، وهو مُتحقِّقٌ في الحال، فيَترتَّبُ عليه مُوجَبُه بدُون حَجْرِ القاضِي، كالصِّبا والجُنونِ.

وأبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: السَّفَهُ عِلَّةُ استِحقاقِ الحَجْرِ لا عِلَّةُ الانحِجارِ، فيُستحَقُّ به[3] الحَجْرُ، والانحِجارُ لا يَكونُ إلا بحَجْر القاضِي عليه؛ وهذا لأن الحَجْرَ عليه مُتردِّدٌ

---

(١) في (ب) و(د): رشدًا.

(٢) في (ب) و(هـ): التأديب.

(٣) في (ب): فيتحقق.

بينَ الضَّرَرِ والنَّظَرِ، ففي إبقاء المِلكِ له نظَرٌ، وفي إهدار قولِه ضرَرٌ، فلا بُدَّ من القَضاء ليَترَجَّحَ أحدُ الجانِبَين على الآخَر.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا بَلَغ رَشيدًا ثم صار سَفيهًا.

وإن أعتَق عبدًا نَفَذ عَتقُه عندَهما.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَنفُذُ، وهذا الاختِلافُ بِناءً على كَيفيّة الحَجْرِ، فعندَهما[1]: الْمَحجورُ عليه بسَبَب السَّفَهِ في التَّصرُّفات كالهازِل، فإن الهازِلَ يُخرِجُ كَلامَه على غَير نهجِ العُقَلاءِ؛ لقَصده اللَّعِبَ به دونَ ما وُضِع الكَلامُ له، لا لنُقصانٍ في عَقله، فكذا السَّفيهُ يُخرِجُ كَلامَه في التَّصرُّفات على غَير نهجِ كَلامِ[2] العُقَلاءِ؛ لاتِّباع الهَوى ومُكابَرةِ العقلِ، لا لنُقصانٍ في عَقله.

وكلُّ[3] تَصرُّفٍ لا يُؤَثِّرُ فيه الهزلُ لا يُؤَثِّرُ فيه السَّفَهُ، وكلُّ تَصرُّفٍ يُؤَثِّرُ فيه الهزلُ وهو مما يَحتمِلُ الفسخَ: يُؤَثِّرُ فيه السَّفَهُ، والعَتقُ لا يُؤَثِّرُ فيه الهزلُ، فيَنفُذُ منه.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الحَجْرُ به بمَنزِلة الحَجْرِ بسَبَب الرِّقِّ، حتى لا يَنفُذُ بعدَ الحَجْرِ شيءٌ من تَصرُّفاته سِوى الطَّلاقِ، كما أن الرَّقيقَ لا يَنفُذُ شيءٌ من تَصرُّفاته سِوى الطَّلاقِ، والإعتاقُ لا يَنفُذُ من الرَّقيق، فكذا من[4] السَّفيه.

وإذا نَفَذ عندَهما فعلى العبدِ أن يَسعى في قِيمته، وهذا قولُ محمدٍ، وهو قولُ أبي يوسف الأوَّلُ؛ لأن[5] الحَجْرَ على السَّفيه لِمَعنى النَّظَرِ له، كالحَجْر على الْمَريض، فإنه

(١) في سوى (أ) و(ج): عندهما.

(٢) مثبتة من (أ) و(ج).

(٣) في (أ) و(هـ): فكل.

(٤) في (ب) و(د): فيه.

(٥) في سوى (أ) و(ج): أن.

لأَجْلِ النَّظَرِ لغُرَمائه ووَرَثتِه.

ثم هناك إذا أعتَق عبدًا وَجَب عليه السِّعايةُ لغُرَمائه أو في ثُلُثي قِيمتِه لوَرَثته، إذا لم يكن عليه دَينٌ ولا مالَ له سِواه؛ لأن ردَّ العَتقِ واجِبٌ لِمَعنى النَّظَرِ، وقد تعذَّر ردُّ عَينِه، فيَجِبُ نقضُه مَعنًى بإِيجاب السِّعايةِ، كذا هنا.

وفي قَول أبي يوسف الآخِرِ، وهو رِوايةٌ عن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس عليه السِّعايةُ؛ لأنه لو سَعى لسَعى لِمُعتِقه، والْمُعتِقُ لا تَلزَمُه السِّعايةُ لحقِّ مُعتِقِه بحالٍ، وإنما تَلزَمُه السِّعايةُ لحقِّ غيرِه.

ولو دَبَّر عبدَه جاز تَدبيرُه؛ لأن التَّدبيرَ يُوجِبُ حقَّ العِتقِ للمُدبَّر، فيُعتبَرُ بحَقيقة العَتقِ، إلا أن هناك تَجِبُ عليه السِّعايةُ في قِيمته، وهنا لا تَجِبُ السِّعايةُ ما دام الْمَولى حيًّا؛ لأنه بعدَ صِحّةِ التَّدبيرِ مالٌ مَملوكٌ له[1] يَستخدِمُه.

ولا يُمكِنُ إيجابُ نُقصانِ التَّدبيرِ عليه؛ لأنه لَمّا بَقِي على مِلكه والْمَولى لا يَستوجِبُ على مِلكه دَينًا.. تَعذَّر إيجابُ النُّقصانِ عليه؛ ألا تَرى أنه لو دَبَّر عبدَه بمالٍ وقَبِله العبدُ: صَحَّ التَّدبيرُ، ولا يَجِبُ المالُ.

فإن مات الْمَولى ولم يُؤنَس منه الرُّشدُ: سَعى في قِيمته مُدبَّرًا؛ لأنه بمَوت الْمَولى عَتَق، فكأنه أعتَقه في حَياته، فعليه السِّعايةُ في قِيمته، والعَتقُ لاقاه مُدبَّرًا، فيَسعى في قِيمته مُدبَّرًا، كما لو أعتَقه بعدَ التَّدبيرِ.

فإن جاءت جارِيتُه بولَدٍ، فادَّعاه: ثَبَت نَسَبهُ منه، وكان الولَدُ حُرًّا، والأمةُ أُمَّ ولَدٍ له؛ لأن تَوفيرَ النَّظَرِ في إلحاقه بالْمُصلِح في حُكم الاستيلادِ؛ لأنه يَحتاجُ إلى ذلك لإبقاء نسلِه وصِيانةِ مالِه.

---

(١) في (ج): له أن.

ويُلحَقُ في هذا الحُكمِ بالْمَريض الْمَديونِ إذا ادَّعى نسَبَ ولَدِ أمتِه: كان هو في ذلك كالصَّحيح، حتى إنها تَعتِقُ من جَميع مالِه بمَوته، ولا تَسعى هي ولا ولَدُها في شيءٍ؛ لأن حاجتَه مُقدَّمةٌ على حقِّ غُرَمائِه، بخِلاف ما لو أعتَقها.

ولو لم يكن معها ولَدٌ، فقال: (هذه أُمُّ وَلَدي): كانت بمَنزِلة أُمِّ الولَدِ لا يَقدِرُ على بَيعها، فإن مات سَعَت[1] في كلِّ قِيمتِها، بمَنزِلة الْمَريضِ إذا قال لأَمته وليس معها ولَدٌ: (هذه أُمُّ وَلَدي)، وهذا لأنه إذا كان معها ولَدٌ فثُبوتُ نسَبِ الولَدِ[2] بمَنزِلة الشّاهِدِ لها في إبطال حقِّ الغيرِ، فكذلك في دَفع حُكمِ الحَجْرِ عن تَصرُّفه.

بخِلاف ما إذا لم يكن معها ولَدٌ؛ فإنه لا شاهِدَ له هنا، فإقرارُه لها بحقِّ العِتقِ بمَنزِلة إقرارِه بحَقيقة الحُرِّيّة، فلا يَقدِرُ على بَيعها بعدَ ذلك، وتَسعى في قِيمتها بعدَ موتِه، كما لو أعتَقها.

وإن تَزوَّج امرَأةً جاز نِكاحُه[3]؛ لأنه لا يُؤثِّرُ فيه الهزلُ، فلا يُؤثِّرُ فيه السَّفَهُ.

فإن سَمّى لها مهرًا: جاز منه مِقدارُ مهرِ مِثلِها، وبَطَل الفضلُ؛ لأن التَّزوُّجَ من حَوائِجه الأصليّةِ، ومن ضَرورة النِّكاحِ وُجوبُ مِقدارِ مهرِ الْمِثلِ، فأما الزِّيادةُ على ذلك: فلا ضَرورةَ فيه، وهو التِزامٌ بتَسمِيته، ولا نظَرَ له في هذا الالتِزامِ، فلا تَثبُتُ الزِّيادةُ، كالْمَريض إذا تَزوَّج امرَأةً بأكثَرَ من صَداق مِثلِها: يَلزَمُه من الْمُسمّى مِقدارُ مهرِ مِثلِها، ولو طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ بها وَجَب لها نِصفُ المهرِ في ماله؛ لأن التَّسميةَ صَحيحةٌ في

(١) في (ب) و(هـ): بيعت.

(٢) في (ب): نسب الولد منه. وانظر «المبسوط» ٢٤/ ١٦٩.

(٣) في (ج) وحاشية (أ) زيادة: هذا لفظ المبسوطين، وفي «الهداية»: جاز نكاحها، ولفظ «المبسوط» أصح يعرف بالتأمل.

ووضع فوق بداية هذه الزيادة في (ج): (من) وفي نهايتها (إلى).

مِقدار مهرِ الْمِثلِ، وتَنصُّفُ[1] الْمَفروضِ بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ حُكمٌ ثابِتٌ بالنَّصّ[2].

وكذا لو تَزوَّج بأربَع نِسوةٍ، أو تَزوَّج كلَّ يومٍ واحِدةً ثم طَلَّقها؛ لِما قُلنا.

وتُخرَجُ الزَّكاةُ من مال السَّفيهِ[3].

ويُنفَقُ على وَلَده وزَوجتِه ومن تَجِبُ عليه نَفَقتُه من ذَوي أرحامِه؛ لأن بعضَها يَجِبُ حقًّا للشَّرع، وبعضَها يَجِبُ حقًّا للعَبد، والسَّفَهُ لا يُبطِلُ واحِدًا منهما.

إلا أن القاضِيَ يَدفَعُ قَدْرَ الزَّكاةِ إليه ليَصرِفَها إلى الْمَساكِين؛ لأن الواجِبَ عليه الإيتاءُ[4]، وهو عِبارةٌ عن فِعلٍ هو عِبادةٌ، ولا يَحصُلُ ذلك إلا بنِيّته، ولكن يَبعَثُ أمينًا معه ليَدفَعَها إلى الْمَساكِين بمَحضَرٍ من أمِينه؛ لئلا يَصرِفَها في غَير مَصارِفِ الزَّكاةِ، وفي النَّفَقة يَدفَعُها إلى أمِينه ليَصرِفَها إلى مُستحِقِّها؛ لأنه لا حاجةَ فيها إلى نِيّته؛ لأنها ليست بعِبادةٍ.

ولو حَلَف بالله، أو نَذَر نذرًا من هَدْيٍ أو صَدَقةٍ، أو ظاهَر من امرأته: لا يَلزَمُه المالُ، ويُكفِّرُ يَمينَه وظِهارَه بالصَّوم؛ لأنها مما يَجِبُ بفِعله[5]، فلو جَوَّزنا له التَّكفيرَ بالمال يَتوسَّلُ بهذه التَّصرُّفاتِ إلى إتلاف مالِه، بخِلاف ما يَجِبُ ابتِداءً بغَير فِعلِه.

ولو أراد حَجّةَ الإسلامِ لم يُمنَع منها؛ لأن الحجَّ فرضٌ عليه إذا كان مُستطيعًا، والسَّفيهُ كالْمُصلِح في الفَرائِض، ولأنه يَلزَمُه شرعًا من غَير صُنعٍ من جِهَته، فلا يُتوهَّمُ

---

(١) كذا في (ج)، وفي (ب): وبنصف، وفي باقي النسخ غير منقوطة.

(٢) في قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

(٣) في (هـ): لما قلنا.

(٤) في (هـ): الإيفاء.

(٥) في (ب) و(د): فعله.

مَعنى التَّبذيرِ فيه.

ولا يُسلِّمُ القاضِي النَّفَقةَ إليه، بل يُسلِّمُها إلى ثِقةٍ من الحاجِّ يُنفِقُها عليه في طَريق الحجِّ؛ كيلا يُتلِفَه في شَهوات نفسِه ثم يَقولَ: (ضاع مني، فأعطُوني مِثلَه)؛ وهذا لأن في حالة الحَضرةِ كان مالُه في يَد وليِّه يُنفِقُ عليه منه بحَسَب حاجتِه، فكذا في حال خُروجِه في سَفَر الحجِّ يُعطِي المالَ أمينًا يُنفِقُ عليه منه بحَسَب حاجتِه.

ولو أَراد عُمرةً واحِدةً لم يُمنَع منها استِحسانًا، وفي القِياس: لا تُعطى له[1] نَفَقةُ السَّفرِ؛ لأن العُمرةَ عندَنا تَطوُّعٌ، فصار كما لو أَراد الخُروجَ للحجِّ تَطوُّعًا بعدَما حَجَّ حَجّةَ الإسلامِ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن العُلَماءَ اختَلَفوا في فَرضِيّة العُمرةِ، فلا يُمنَعُ عنها احتِياطًا.

ولا يُمنَعُ من القِران؛ لأنه إذا لم يُمنَع من إنشاء السَّفَرِ لأَداء كلِّ واحِدٍ من النُّسُكَين، فلأَن لا يُمنَعَ من الجَمع بينَهما في سَفرٍ والنَّفَقةُ تَقِلُّ في السَّفَر الواحِدِ.. أَولى.

ولو أَراد أن يَسوقَ بَدَنةً: لم يُمنَع منه؛ لأن القارِنَ يَلزَمُه هَدْيٌ، وتُجزِئُه الشّاةُ عندَنا، ولكن البَدَنةُ فيه أفضَلُ.

وقد اختَلَف العُلَماءُ في ذلك، وكان[2] ابنُ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنهُمَا يَقولُ: لا تُجزِئُه إلا بَدَنةٌ[3]، وهي بَقَرةٌ أو جَزورٌ، فهو إذا ساق البَدَنةَ فقد قَصَد به التَّحرُّزَ عن مَوضِع

---

(١) في سوى (د): لها.

(٢) في (ج) و(هـ): فكان.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٦٥: غريب، وروى الطبراني في كتاب «مسند الشاميين» (٣١٧٦) حدثنا أبو زرعة ثنا أبو اليمان الحكم بن نافع أخبرني شعيب عن الزهري أخبرني سالم بن عبد الله بن عمر، كان يقول: لا أعلم الهدي إلا من الإبل والبقر، وكان عبد الله بن عمر لا ينحر في الحج إلا الإبل=

الخِلافِ، وأخذ بالاحتِياط(١) في أَمر الدِّينِ، وأَراد أن يَكونَ فِعلُه أقربَ إلى فِعل رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ(٢)، فلا يُمنَعُ عنه.

فإن أَوصى بوَصايا في القُرَب وأبوابِ الخيرِ: جاز ذلك في ثُلُث مالِه؛ لأن الحَجْرَ عليه بمَعنى النَّظَرِ كيلا يُتلِفَ مالَه، فيَبقى كَلًّا على النّاس.

وذا فيما يُفني جَميعَ مالِه في حال حَياتِه، لا فيما يُنَفَّذُ من الثُّلُث بعدَ مَماتِه؛ وهذا لأن أوانَ وُجوبِها بعدَ موتِه، وبعدَما وَقَع الاستِغناءُ عن المال في أَمر دُنياه، فإذا حَصَلت وَصاياه على وجهٍ يَكونُ سببًا للثَّواب الجَزيلِ في آخِرته، أو لاكتِساب الثَّناءِ الحسَنِ بعدَ موتِه.. كان النَّظَرُ في تَنفيذها.

وقد ذَكَر في «الْمَبسوط» فُروعًا أكثَرَ من هذا، فمن رامها فلْيَطلُب ثَمَّ.

وفِسقٍ(ف)(٣)، وغَفْلةٍ(س م ف)(٤).

وأما الحَجْرُ بسَبَب الفِسقِ.. فعندَنا: لا يُحجَرُ على الفاسِق إذا كان مُصلِحًا لماله، والفِسقُ الأصليُّ والطّارئُ سَواءٌ.

= والبقر، فإن لم يجد لم يذبح لذلك شيئًا. انتهى، ورواه مالك في «الموطأ» في الحج (١/ ٣٨٦) أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر كان يقول: ما استيسر من الهدي: بدنة أو بقرة. انتهى، يعني قوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦].

(١) في (هـ): وأخذنا بالاحتياط.

(٢) حيث كان هديه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الإبل كما عند البخاري (١٧٠٠) ومسلم (١٣٢١)، وورد أنه كان من الغنم أيضًا كما رَوَيا ذلك.

(٣) معطوف على قوله: (بسَفَه).

(٤) غَفَّلته تغفيلاً: صيرته كذلك، فهو مغفل، أي ليس له فطنة. «المصباح» ٢/ ٤٤٩.

الغفلة في الفقه في باب الحجر: الغبن في التجارات، والعقد بغير المرابحة. «الدستور» ٣/ ٦.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُحجرُ عليه كما في السَّفيه؛ لأن الحَجْرَ على السَّفيه بطَريق الزَّجرِ والعُقوبةِ عندَه، والفاسِقُ مُستحِقٌّ للعُقوبة، ولهذا لم يُجعَل الفاسِقُ أهلًا للوِلاية والشَّهادةِ.

وعندَهما: بطَريق النَّظَرِ؛ صِيانةً لماله، ولا نظَرَ هنا؛ لأن فيه إبطالَ آدَميّتِه وإلحاقَه بالبَهائِم، مع عدَمِ الصِّيانةِ لماله.

والفاسِقُ عندَنا أهلٌ للوِلاية والإمارةِ[1] والقَضاءِ، فيَكونُ أهلًا للتَّصرُّف في ماله ضَرورةً، وقد عُلِّق الدَّفعُ بإِيناس رُشدٍ واحِدٍ؛ لأنه نكِرةٌ في مَوضِع الإثباتِ، والرُّشدُ في المال مُرادٌ، فلا يَكونُ الرُّشدُ في الدِّين مُرادًا؛ لأنه حينَئذٍ يَكونُ مُعلَّقًا برُشدَين.

وأما الحَجْرُ بسَبَب الغَفلةِ -وهو: أن لا يَكونَ مُفسِدًا، ولكنه سَليمُ القلبِ لا يَهتَدي إلى التَّصرُّفات الرّابحةِ، ويُغبَنُ في التِّجارات، ولا يَصبرُ عنها-: فإن القاضِيَ يَحجُرُ على هذا الْمُغفَّلِ عندَهما، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لِمُشارَكته السَّفيهَ في إتلاف المالِ، فيُحجَرُ نظَرًا له.

(١) في (ب) و(د): والإجازة.

فصل [في حدِّ البلوغِ]

ومن راهَق[1]، وأقرَّ ببُلوغه: صُدِّق، ودُيِّن.

وإذا راهَق الغُلامُ أو الجارِيةُ الحُلُمَ، وأشكَل أمرُه[2] في البُلوغ، فقال: (قد بَلَغتُ): فالقولُ قولُه، وأحكامُه أحكامُ البالِغين؛ لأنه أمرٌ لا يُوقَفُ عليه إلا من جِهَتهما، فيُقبَلُ فيه قولُهما، كما يُقبَلُ قولُ الْمَرأةِ في الحَيض.

والبُلوغُ بخَمسَ عَشْرةَ(ح) سَنةً، واحتِلامٍ[3]، وإحبالٍ، وإنزالٍ، أو حَيضٍ وحَبَل.

والسِّنُّ الذي يُحكَمُ ببُلوغ الغُلامِ والجارِيةِ إذا انتَهيا إليه: خمسَ عشْرةَ سنةً عندَ أبي يوسف ومحمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمُاللَّهُ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُاللَّهُ، وعليه الفَتوى.

وعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُاللَّهُ: ثَماني عشْرةَ سنةً للغُلام، وسبعَ عشْرةَ سنةً للجارِية.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُاللَّهُ: في الغُلام تِسعةَ عشَرَ.

وقِيل: الْمُرادُ أن يَطعَنَ في التّاسعَ عشَرَ، ويَتِمُّ له ثَمانيةَ عشَرَ، فلا يَكونُ فيه اختِلافُ الرِّواية.

وقِيل: بل فيه اختِلافُ الرِّوايةِ؛ لأنه ذَكَر في بَعض النُّسَخِ: حتى يَستكمِلَ تِسعةَ عشَرَ.

---

(١) المراهق: صبي قارب البلوغ، وتحركت آلته واشتهى. «التعريفات» ص٢٠٨.

(٢) في (هـ): أمرهما.

(٣) الاحتلام: هو الإدراك والبلوغ مبلغ الرجال، وأصله رؤية اللذة في النوم أنزل أم لا، وعرفًا: مع الإنزال. «التعريفات الفقهية» ص١٨.

له: قولُه تَعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وأشُدُّ الصَّبيِّ ثمانِي عشْرةَ سنةً، كذا قاله ابنُ عبّاسٍ والقُتَبيُّ رِضوانُ اللهِ عليهم(١).

وقِيل: اثنان وعِشرون سنةً، وقِيل: خمسٌ وعِشرون سنةً.

وأقلُّ ما قالوا: ثَمانِي عشْرةَ سنةً، فوَجَب أن يُعلَّقَ الحُكمُ عليه للاحتِياط، ولأنه مُتيقَّنٌ به، غيرَ أن الجارِيةَ أسرَعُ إدراكًا من الغُلام، فنَقَصنا في حقِّها سنةً؛ لاشتِمالها على الفُصول الأربَعةِ، فربما يُوافِقُ فصلٌ منها مِزاجَها.

ولهم: أن العادةَ الغالِبةَ أن العَلاماتِ تَظهَرُ في هذه الْمُدّةِ، فجَعَلنا الْمُدّةَ عَلامةً في حقِّ من لم تَظهَر له العَلامةُ.

---

(١) قال العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٢/ ٣٦١: قال ابن عباس: ثماني عشرة سنة، قال المخرجون (كما في «نصب الراية» ٤/ ١٦٦): نقل البغوي عن ابن عباس: هو ما بين ثماني عشرة سنة إلى أربعين، ذكره بغير إسناد، وروى الطبراني في «الأوسط» (٦٨٢٩) من طريق ابن خيثم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في هذه الآية، قال: ثلاث وثلاثون، وهو الذي رفع عليه عيسى بن مريم عَلَيْهِ السَّلَامُ، وأخرجه ابن مردويه في «تفسيره» من طريق ابن خثيم، لكن قال: عن مجاهد بدل سعيد، وقال: بضعًا وثلاثين، ولم يذكر عيسى بن مريم. انتهى.

والقتبي عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، صاحب «غريب القرآن» و«تأويل مشكل القرآن» و«تأويل مختلف الحديث» وغيرها. وقد ذكر هذا القول في «غريب القرآن» ص٢١٦ حيث قال: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢] أي يتناهى في الثبات إلى حد الرجال، ويقال: ذلك ثمانية عشرة سنة، وأشد اليتيم غير أشد الرجل في قول الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً﴾ [الأحقاف: ١٥]، وإن كان اللفظان واحدًا؛ لأن أشد الرجل: الاكتهال والحنكة، وأن يشتد رأيه وعقله، وذلك ثلاثون سنة، ويقال: ثمان وثلاثون سنة، وأشد الغلام: أن يشتد خلقه، ويتناهى ثباته. انتهى.

وهذا إذا لم تُوجَد عَلاماتُ البُلوغِ نحوُ الاحتِلامِ والإحبالِ والإنزالِ في الغُلام، أو الحيضِ والاحتِلامِ والحبَلِ في الجارِية، فإن وُجِدت إحدى هذه العَلاماتِ يُحكَمُ بالبُلوغ.

والأصلُ: أن البُلوغَ يَكونُ بالإنزال حَقيقةً، ولكنِ الحبَلُ والإحبالُ لا يَكونان إلا مع الإنزالِ، وكذا الحيضُ لا يَكونُ إلا ممن تَحبَلُ، وذا يَكونُ بعدَ الإنزالِ، فجُعِل كلُّ واحِدٍ عَلَمًا على البُلوغ.

وهذا لأن البُلوغَ عِبارةٌ عن بُلوغ الإنسانِ كَمالَ الحالِ، وذلك بكَمال القُوّةِ، والقُوّةُ من حيث الأسبابُ والآلاتُ باستِعمال الجَوارِحِ وارتِفاعِ الْمَوانعِ، وذا لا يَتحقَّقُ على الكَمال إلا عندَ الاحتِلامِ، فإنَّ قبلَ(١) الإدراكِ(٢) إمكانَ استِعمالِ سائِرِ الجَوارِحِ ثابتٌ دونَ إمكانِ استِعمالِ هذه الآلةِ(٣) فيما وُضِع له، وهو اقتِضاءُ الشَّهوةِ على الكَمال، فإن كَمالَها بالإنزال.

وأدنى السِّنِّ الذي يُمكِنُ أن يَبلُغَ فيه الغُلامُ: اثنا عَشْرةَ سنةً، وفي حقِّ الجارِيةِ: تِسعُ سِنين.

---

(١) في (ب): قبل.

(٢) في (أ) و(ج): البلوغ.

(٣) في (ب) و(د): الحالة.

[باب الحجر بسبب الدين]

وإن(س م) طَلَبه غُرماؤُه، وحُبِس(س م) ليبيعَ مالَه في دَينه.. فلو مالُه ودَينُه دَراهِمَ: قُضِي بلا أمرٍ، ولو دَينُه دَراهِمَ وله دَنانِيرُ، أو بعَكسه: بِيعَ في دَينه.

وأما الكَلامُ في الحَجْر بسَبَب الدَّينِ: ففي مَوضِعَين..

أحَدُهما: أن مَنْ رَكِبته الدُّيونُ إذا خِيف أن يُلجِئَ مالَه بطَريق الإقرارِ، وطَلَب الغُرَماءُ من القاضِي أن يَحجُرَ عليه.. فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَحجُرُ عليه القاضِي؛ لأن في الحَجْر إهدارَ أقوالِه وإلحاقَه بالبَهائِم، فلا يَجوزُ لدَفع ضَررٍ خاصٍّ.

وعندَهما: يَحجُرُ عليه ويَمنَعُه من البَيع والتَّصرُّفِ والإقرارِ؛ حتى لا يُضِرَّ بالغُرَماء نظَرًا لهم، كما يَحجُرُ على السَّفيه نظَرًا له؛ وهذا لأنه ربما يُلجِئُ مالَه فيَفوتُ حقُّهم.

وإنما يُمنَعُ عن البَيع إذا كان بأقَلَّ من ثَمَن الْمِثلِ، أما البيعُ بثَمَن الْمِثلِ: فلا يُبطِلُ حقَّ الغُرَماءِ، فلا يُمنَعُ عنه؛ لأن المنعَ لحقِّهم.

والثّاني: أنه لا يُباعُ على الْمَديون مالُه في قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، العُروضُ والعَقارُ فيه سَواءٌ؛ لأنه نوعُ حَجْرٍ، ولأن بيعَ المالِ على الْمَديون بغَير رِضاه ليس بتِجارةٍ عن تَراضٍ، فيكونُ باطِلًا؛ لقَوله تَعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا يَحِلُّ مالُ امرِئٍ مُسلِمٍ إلا بطِيب[1] نفسٍ منه»[2].

---

(١) في سوى (ب) و(هـ): بطيبة.

(٢) رواه الإمام أحمد (٢٠٦٩٥)، والدارقطني (٢٨٨٥).

ونفسُه لا تَطيبُ ببَيع القاضِي مالَه عليه، فلا يَنبَغي له أن يَفعَلَه، ولكن يَحبِسُه أبدًا حتى يَبيعَه في دَينه؛ إيفاءً لحقِّ الغُرَماءِ، ودفعًا لظُلمه الذي تَحقَّق بالامتِناع من قَضاء الدَّينِ[1] مع تَمكُّنِه منه.

وقالا: يَبيعُ مالَه إن امتنَع من بَيعه، وقَسَم ثَمنَه بينَ غُرَمائِه بالحِصَص؛ لحَديث مُعاذٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ، فإنه رَكِبته الدُّيون فباع رَسولُ اللهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ مالَه، وقَسَم ثَمنَه بينَ غُرَمائِه بالحِصَص[2].

ولأن بيعَ المالِ لقَضاء الدَّينِ من ثَمَنه مُستحَقٌّ عليه؛ بدَليل أنه يُحبَسُ إذا امتَنَع منه، وهو ما تَجري فيه النِّيابةُ.

والأصلُ: أن من امتَنَع عن إيفاء حقٍّ مُستحَقٍّ عليه وهو مما تَجري فيه النِّيابةُ: ناب القاضِي مَنابَه.

كالذِّمِّيِّ إذا أسلَم عبدُه، فأَبى أن يَبيعَه: باعه القاضِي عليه، وكالعِنِّين بعدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ إذا أَبى أن يُفارِقَ امرَأتَه ناب القاضِي مَنابَه في التَّفريق بينَهما، وكالْمَجبوب.

قُلنا: خوفُ التَّلجِئةِ مَوهومٌ، فلا يُجعَلُ كالْمُتحقِّق، ثُمّ الضَّررُ عليه في إِهدار قولِه

(١) في (ب) و(د): الديون.

(٢) روى الطبراني ٢٠/ ٣٠ وأبو نعيم في «الحلية» ١/ ٢٣١ والحاكم مختصرًا (٥١٧٩) والبيهقي (١١٢٦٢) عن ابن كعب بن مالك قال: كان معاذ بن جبل شابًا جميلًا سمحًا من خير شباب قومه، لا يُسأل شيئًا إلا أعطاه، حتى ادَّان دينًا أغلق ماله، قال: فكلم رسولَ الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أن يكلم غرماءه، ففعل، فلم يضعوا له شيئًا، فلو تُرك لأحد بكلام أحد لتُرك لمعاذ بكلام رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، فدعاه النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، فلم يبرح حتى باع ماله وقسمه بين غرمائه، فقام معاذ لا مال له، فلما حج بعثه النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ إلى اليمن ليجبره، قال: وكان أول من تجر في هذا المال معاذ، فقدم على أبي بكر من اليمن وقد توفي رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ.

فوقَ الضَّرَرِ في حَبسه، ولا يُستدَلُّ بثُبوت الأَدنى على ثُبوت الأَعلى، وبيعُ المالِ ليس بطَريقٍ مُتعيِّنٍ لقَضاء الدَّينِ، فقد يَتمكَّنُ من قَضاء الدَّينِ بالاستِيهاب والاستِقراضِ، وأخذِ الصَّدَقةِ من النّاس، بخِلاف الجَبِّ والعُنّةِ؛ لتَعيُّن الطَّريقِ بالتَّفريق لَمّا تَحقَّق عجزُه عن الإمساك بالْمَعروف.

وإذا أَصرَّ الذِّمِّيُّ على الشِّرك فإخراجُ العبدِ الْمُسلِمِ عن مِلكه مُستحَقٌّ عليه بعَينه، فيَنوبُ القاضِي فيه مَنابَه، والحبسُ ليس لأَجل البيعِ، بل لقَضاء الدَّينِ بما يَختارُه من طَريق القَضاءِ، أيَّ طَريقٍ شاء، ولو جاز للقاضِي بيعُ مالِه لَمَا اشتَغَل بحَبسه؛ لِما في الحَبس من الإضرار به وبالغُرَماء بتَعذيبه[1] وتَأخيرِ حقِّهم، فلا مَعنى للمَصير إليه بدُون الحاجةِ.

فاتِّفاقُ العُلَماءِ على حَبسه في الدَّين دَليلٌ على أنه ليس للقاضِي وِلايةُ بيعِ مالِه في دَينه.

فإن كان دَينُه دَراهِمَ ومالُه دَراهِمَ: قَضى القاضِي بغَير أمرِه إجماعًا؛ لأن للغريم حقَّ الأخذِ بلا رِضاه، فكان للقاضِي أن يُعينَه.

وإن كان دَينُه دَراهِمَ وله دَنانيرُ، أو بعَكسه: باعها القاضِي في دَينه استِحسانًا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

والقِياسُ: أنْ ليس للقاضِي أن يُباشِرَ هذه الْمُصارَفةَ؛ لأن هذا الطَّريقَ غيرُ مُتعيِّنٍ لِما هو مُستحَقٌّ عليه، وهو قَضاءُ الدَّينِ، فصار كالعُروض.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ جِنسان صُورةً، وجِنسٌ واحِدٌ مَعنًى، ولهذا يُضَمُّ أحدُهما إلى الآخَر في حُكم الزَّكاةِ، ولو[2] كان مالُه من جِنس الدَّينِ صُورةً كان

---

(١) في نسخة على هامش (ج): بتغييبه.

(٢) في (هـ): ولهذا لو.

للقاضِي أن يَقضيَ به دَينَه، فكذا إذا[1] كان مالُه من جنس الدَّينِ معنًى.

فإن قِيل: فعلى هذا ينبَغي أن يَكونَ لربِّ الدَّينِ وِلايةُ الأخذِ من غَير قَضاءٍ، كما لو ظَفِر بجِنس حقِّه، وبالإجماع ليس له ذلك.

قُلنا: هما جِنسان صُورةً، وجِنسٌ واحِدٌ حُكمًا، فلعَدَم الْمُجانَسةِ صُورةً لا يَنفرِدُ ربُّ الدَّينِ بأَخذه؛ لأن فيه مَعنى الْمُبادَلةِ من وجهٍ، ولوُجود الْمُجانَسةِ مَعنًى للقاضِي أن يَقضيَ دَينَه به، بخِلاف العُروضِ والعَقارِ؛ لأن للنّاس في الأَعيان أغراضًا، فلا يَجوزُ للقاضِي أن يَنظُرَ لغُرَمائه على وجهٍ يُلحِقُ الضَّرَرَ به، أما النُّقودُ: فوَسائِلُ، ولا غرَضَ في أَعيانها، بل في ماليّتها.

ولم يُبَع عَرْضُه وعَقارُه، والبائِعُ أُسوةُ[ف] الغُرَماءِ.

ويَبدأُ القاضِي في البَيع في الدَّين بالنُّقود، ثُم بالعُروض، ثُم بالعَقار.. عندَهما؛ لأن ذلك أسرَعُ لقَضاء الدَّينِ وأرفَقُ بالْمَديون؛ لأن الأوَّلَ أبعَدُ الثَّلاثةِ عن تَعلُّق الغرَضِ بعَينه، ثُم وثُم.

ويُترَكُ عليه دَستٌ من ثِياب بدَنِه، ويُباعُ الباقِي لوُقوع[2] الكِفايةِ بالواحِد، وقِيل: دَستان؛ لئلا يَقعُدَ في بَيته مَلومًا مَحسورًا إذا غَسَل ثِيابَه.

فإن أقَرَّ في حال الحَجرِ بإقرارٍ: لَزِمه ذلك بعدَ قَضاءِ الدُّيونِ عندَهما؛ لأن حقَّ الأوَّلين تَعلَّق بهذا المالِ، فلا يَملِكُ إبطالَ حقِّهم بالإقرار لغَيرهم، بخِلاف الاستِهلاكِ؛ لأنه فِعلٌ حِسّيٌّ، والحَجرُ لا يَصِحُّ في الفِعل الحِسِّيِّ؛ لأنه لا مَرَدَّ له، ولو استَفاد مالًا آخرَ بعدَ الحَجرِ بعدَ إقرارِه فيه؛ لأن الحَجرَ إنما كان لصِيانة محَلِّ قَضاءِ حقِّ الغُرَماءِ،

(١) في (ب): فلهذا إذا، وفي (هـ): فلذا إذا.

(٢) في (ج): لوجود.

وحقُّهم تَعلَّق بالمال القائِمِ في يَده لا بهذا المالِ؛ لعَدَمه وقتَ الحَجْرِ.

ويُنفَقُ على الْمَديون الْمَحجورِ، وعلى زَوجته، وولَدِه الصِّغارِ، وذَوي أرحامِه.. من ماله عندَهما؛ لأن حاجتَه الأصلِيّةَ مُقدَّمةٌ على حقِّ الغُرَماءِ، ولهذا لو تَزوَّج امرَأةً كانت في مِقدار مهرِ مِثلِها أُسوةً للغُرَماء؛ لأن مِقدارَ مهرِ الْمِثلِ من حَوائِجه الأصلِيّةِ.

وإن لم يُعرَف للمُفلِس مالٌ، وطَلَب غُرَماؤُه حبْسَه، وهو يَقولُ: (لا مالَ لي): حَبَسه الحاكِمُ في كلِّ دَينٍ التَزَمه بعقدٍ، كالْمَهر والكَفالةِ، وقد مَرَّ هذا الفصلُ بوُجوهه في كِتاب القَضاءِ.

وإن أَقام البيِّنةَ أنه لا مالَ له: خُلِّي سَبيلُه؛ لوُجوب النَّظِرةِ إلى الْمَيسَرة بالنَّصِّ(١).

ولو مَرِض في الحَبس: يُبقّى فيه إن كان له خادِمٌ يَقومُ به، وإن لم يكن أخرَجه الحاكِمُ؛ لئلا يَهلِكَ فيه.

ولا يُمكَّنُ الْمُحترِفُ فيه من الاشتِغال بحِرفته في الصَّحيح؛ ليَضجَرَ قلبُه فيَقضيَ دَينَه.

بخِلاف ما لو كانت له أمةٌ، وفيه مَوضِعٌ يُمكِنُه وطؤُها؛ حيث لا يُمنَعُ منه؛ لأنه قَضاءُ إِحدى الشَّهوتَين، فيُقاسُ على الأُخرى.

ولا يَحولُ بينَه وبينَ غُرَمائِه بعدَ خُروجِه من الحَبس، بل لهم أن يُلازِموه؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لصاحِب الحقِّ يدٌ ولِسانٌ»(٢)، والْمُرادُ باليَد: الْمُلازَمةُ، وباللِّسان:

---

(١) في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٦٦: رواه الدارقطني في «سننه» (٤٥٥٣) حدثنا أبو علي الصفار ثنا عباس بن محمد ثنا أبو عاصم ثنا ثور بن يزيد عن مكحول قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن لصاحب الحق يد ولسان». انتهى، وهو مرسل، ورواه ابن عدي في «الكامل» (٧/ ٥٣٤) عن محمد=

التَّقاضِي.

ولا يَمنَعونه من السَّفَر والتَّصرُّفِ؛ ليَتمكَّنَ من الاكتِساب فيَقدِرَ على قَضاء دُيونِهم، ويَأخُذون فضلَ كسبِه، ويُقسَمُ بينَهم بالحِصَص؛ لاستِواء حُقوقِهم في القُوَّة، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: إذا فَلَّسه الحاكِمُ[1] حال بينَه وبينَ الغُرَماءِ؛ لأن القَضاءَ بالإفلاس عندَهما يَصِحُّ، فتَثبُتُ العُسرةُ، فتَجِبُ النَّظِرةُ إلى الْمَيسَرة.

وعندَه: لا يَتحقَّقُ القَضاءُ بالإفلاس؛ لأن المالَ غادٍ ورائِحٌ، ولأن وُقوفَ الشُّهودِ على عُسرته من حيث الظّاهرُ، فيَصلُحُ لدَفع الحبسِ عن الْمَديون لا لإبطال حقِّ الغُرَماءِ في الْمُلازَمة، إلا أن يُقيموا البيِّنةَ على اليَسار؛ لأن بيِّنةَ اليَسارِ تَترجَّحُ على بيِّنة الإعسارِ؛ لأنها تَقومُ على الإثبات، وبيِّنةُ الإعسارِ على النَّفي.

وإن قالُوا: (إنه كَثيرُ العِيالِ، ضَيِّقُ الحالِ): فبيِّنةُ اليَسارِ أكثَرُ إثباتًا؛ لأن الأصلَ هو العُسرةُ، والبيِّناتُ[2] شُرِعت للإثبات، فما كان أكثَرَ إثباتًا كان أَولى.

وتَفسيرُ الْمُلازَمةِ: أن يَدورَ معه أينما دار.

ولا يَجلِسُ الْمَديونُ في مَوضِعٍ؛ لأنه حبسٌ، وهو غيرُ مُستحَقٍّ.

ولو دَخَل الْمَديونُ دارَه لحاجةٍ لا يَتبَعُه، بل يَجلِسُ على باب دارِه إلى أن يَخرُجَ؛

=بن معاوية أبي معاوية النيسابوري ثنا بقية عن محمد بن زياد عن أبي عتبة الخولاني قال: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «الصاحب الحق اليد واللسان». انتهى. وأخرج البخاري في الاستقراض (٢٣٩٠) ومسلم في البيوع (١٦٠١) عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: أتى النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ رجل يتقاضاه، فأغلظ له، فهم به أصحابه، فقال: «دعوه، فإن لصاحب الحق مقالًا». انتهى.

(١) في (ج): القاضي.

(٢) في (ب) و(د): والبينتان.

إذ الإنسانُ لا بُدَّ أن يَكونَ له مَوضِعُ خَلوةٍ.

ولو اختار الْمَطلوبُ الحبسَ، والطّالبُ الْمُلازَمةَ: فالخِيارُ إلى الطّالِب؛ لأن ما يُؤْثِرُه الطّالبُ أشدُّ على الْمَديون ظاهِرًا، فيَكونُ أَفضى إلى قَضاء الدَّينِ، إلا إذا عَلِم القاضِي أنه يَتعدّى عليه في الْمُلازَمة، بأن يَمنعَه من دُخوله دارَه، أو يَتبعَه في الدُّخول، فحينَئذٍ يَحبِسُه؛ دفعًا للضَّرَر عنه.

ولو كان الدَّينُ لرَجُلٍ على امرَأةٍ لا يُلازِمُها؛ لأن فيها خَلوةً بالأجنبيّة، ولكن يَبعَثُ أمينةً تُلازِمُها ليَحصُلَ الْمَقصودُ.

ومن أفلَس وعندَه مَتاعٌ لرَجُلٍ بعَينه ابتَاعه منه: فصاحِبُ الْمَتاعِ أُسوةٌ للغُرَماء فيه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحجُرُ القاضِي على الْمُشتَري بطَلَب البائِع، ويَكونُ للبائِع خِيارُ الفسخِ؛ لأن الْمُشتريَ عَجَز عن تَسليم أحدِ بدَلَي العقدِ، وهو الثَّمَنُ، فيَثبُتُ حقُّ الفسخِ للبائِع، كما لو عَجَز البائِعُ عن تَسليم الْمَبيعِ بالإباق ونحوِه.

والجامِعُ بينَهما: أنه عقدُ مُعاوَضةٍ، فيَقتَضي الْمُساواةَ، وصار كالسَّلَم، فإنه إذا انقَطَع الْمُسلَمُ فيه يَثبُتُ خِيارُ الفسخِ لربِّ السَّلَمِ، كذا هنا.

ولنا: أن حقَّ الفسخِ بالعَجز عن تَسليم الْمَبيعِ، وهو أصلٌ، حتى شرطُ وُجودِه حالَ البيعِ لا يَدُلُّ على ثُبوت حقِّ الفسخِ بالعَجز عن تَسليم الثَّمَنِ، وهو تَبَعٌ، حتى لا يُشترَطُ وُجودُه.

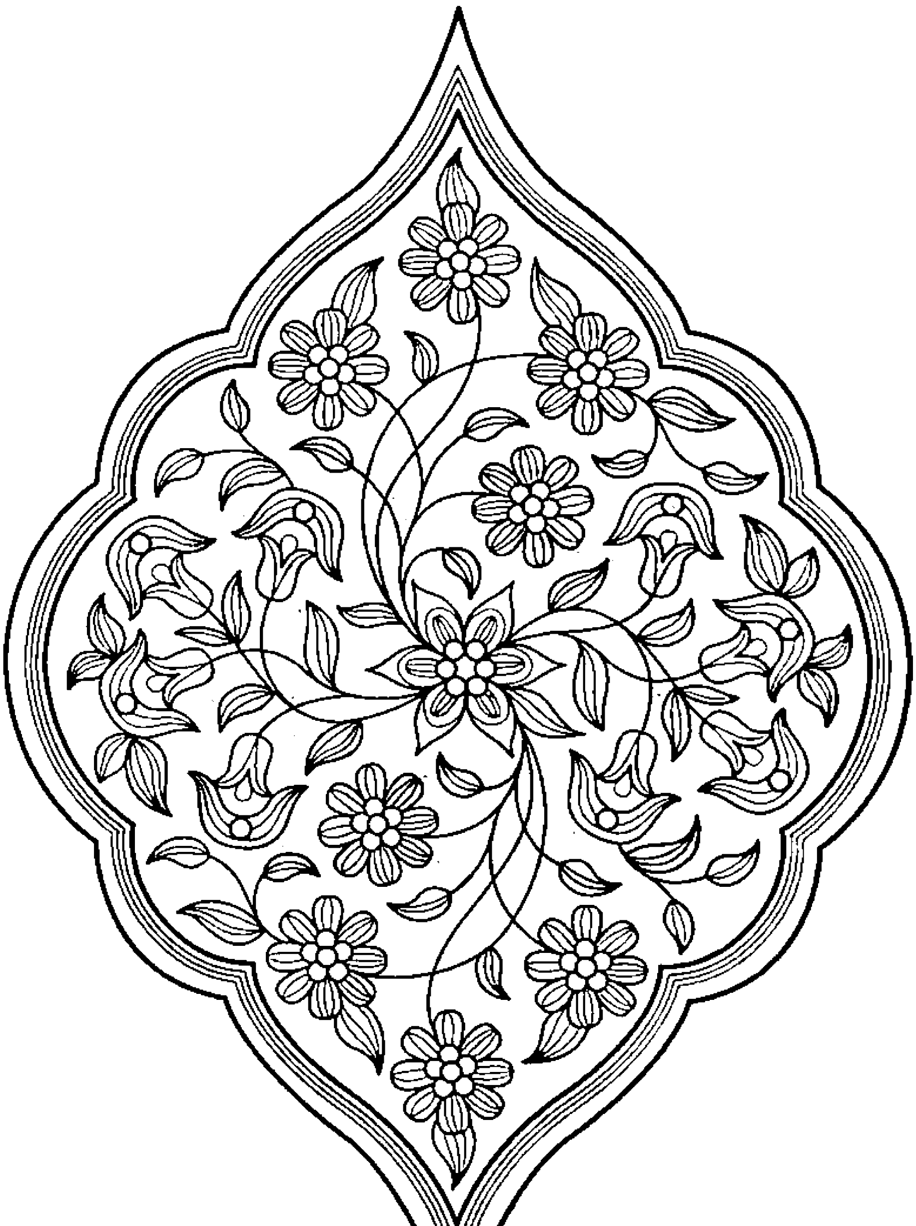
ولأن البائِعَ عَجَز عن تَسليم ما هو الْمُستحَقُّ بالعَقد، فيَثبُتُ حقُّ الفسخِ باعتِباره، والْمُشتَري عَجَز عن تَسليم شيءٍ هو[1] غيرُ مُستحَقٍّ بالعَقد، فلا يَثبُتُ حقُّ الفسخِ باعتِباره.

---

(١) في (د): وهو.

وهذا لأن الْمُستحَقَّ بالعَقد دَينٌ في الذِّمّة، وهو عَجَز عن تَسليم العَينِ، وبقَبض العَينِ يَتحقَّقُ بينَهما مُبادَلةٌ، إلا عندَ التَّعذُّرِ، كما في السَّلَم، لحُرمة الاستِبدالِ، فأُعطِي للعَين حُكمُ الدَّينِ، وصار العَينُ مُستحَقًّا بالعَقد، كالدَّين، فكان العجزُ عن العَين عجزًا عن تَسليم شيءٍ هو مُستحَقٌّ بالعَقد، فيَكونُ كالعَجز عن تَسليم الْمَبيعِ.

كِتَابُ المَأذُونِ



كتاب المأذون

كِتابُ الْمَأذونِ(١)

الإذنُ: فكُّ الحَجْرِ، فلا يَتوقَّتُ(ز)، ولا يَتخصَّصُ(ز ف).

الإذنُ: الإعلامُ لُغةً، وفكُّ الحَجْرِ الثّابتِ بالرِّقِّ شرعًا، ورفعُ المانِعِ من التَّصرُّف حُكمًا.

وإثباتُ اليدِ للعَبد في كَسبه بمَنزِلة الكِتابةِ، إلا أنها لازِمةٌ؛ لأنها بعِوَضٍ، وهذا لا يكون لازمًا لخلوِّه(٢) عن العِوَض، كالْمِلك الْمُستفادِ بالهِبة مع الْمُستفادِ بالبَيع.

وهذا لأنه أهلٌ للتَّصرُّف بعدَ الرِّقِّ؛ لأن رُكنَ التَّصرُّفِ كَلامٌ مُعتبَرٌ شرعًا بصُدوره عن مُميِّزٍ، ومحَلَّ التَّصرُّفِ ذِمّةٌ صالِحةٌ لالتِزام الحُقوقِ، وهما لا يَفوتان(٣) بالرِّقِّ، وصَلاحِيَةُ الذِّمّةِ للالتِزام(٤) من كَرامات البشَرِ، وبالرِّقِّ لا يَخرُجُ من أن يَكونَ بشَرًا، إلا أن ذِمّتَه ضَعُفت بالرِّقِّ، فلا يَجِبُ المالُ فيها إلا شاغِلًا ماليّةَ الرَّقَبةِ، وهي حقُّ الْمَولى، فحُجِر عن التَّصرُّف لحقِّ الْمَولى؛ كيلا يَبطُلَ حقُّه بلا رِضاه.

(١) في (س): الإذن.

(٢) كذا في (ج)، وفي (أ): وهذا لخلوه، وفي (د): وهذا لا لخلوه، وفي الباقي: وهذا لا يخلو. وانظر «المبسوط» ٢٥/ ٢.

(٣) في (ب) و(د): يقومان.

(٤) في (ب) و(د): للالتزامات.

فإذا أذِن الْمَولى فقد أسقَط حقَّه، فعاد العبدُ مُتصرِّفًا بالمالِكيّة الأصليّةِ وأهليّته لنَفسه، ولهذا لا يَرجعُ بما لَحِقه من العُهدة على الْمَولى، كالْمُكاتَب؛ لأنه أصيلٌ في التَّصرُّف وحُكمِه، ولو كان نائبًا[1] لرَجَع، كالوَكيل، ولهذا لا يَتوقَّتُ الإذنُ، حتى لو أذِن لعَبده يومًا أو شهرًا: كان مَأذونًا أبدًا إلى أن يَحجُرَ عليه عندَنا؛ لأن الإسقاطاتِ لا تَتوقَّتُ، كالطَّلاق والعَتاقِ، وتَأجيلُ الدَّينِ تَأخيرٌ للمُطالَبة لا إسقاطٌ، فلهذا يَتوقَّتُ[2].

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَتوقَّتُ؛ لأنه إنابةٌ، كالتَّوكيل.

ولا يَتخصَّصُ، حتى لو أذِن له في نوعٍ فهو مَأذونٌ في جَميع الأنواعِ[3].

وعندَ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: لا يَكونُ مَأذونًا إلا في ذلك النَّوعِ.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا أذِن لعَبده في شِراء البَزِّ وقال: (لا تَشترِ غيرَه): يَكونُ مَأذونًا في جَميع التِّجاراتِ عندَنا[4].

لهما: أنه يَتصرَّفُ للمَولى بإذنه، فلا يَملِكُ التَّصرُّفَ إلا فيما أَذِن له فيه، كالوَكيل والْمُضارِبِ والشَّريكِ؛ وهذا لأن الرِّقَّ مُوجِبٌ للحَجْر عن التَّصرُّفات، والرِّقُّ بعدَ الإذنِ قائِمٌ كما كان قبلَه، فيَكونُ تَصرُّفُه بطَريق النِّيابةِ عن الْمَولى؛ لأنه يَستفيدُ الوِلايةَ من جِهَته، وما هو الْمَقصودُ بالتَّصرُّف -وهو الْمِلكُ- يَحصُلُ للمَولى لا للعَبد؛ لأنه بالرِّقِّ خَرَج عن أن يَكونَ أهلًا للمِلك، ولهذا يَملِكُ حَجْرَه ولا يَملِكُ حَجْرَ الْمُكاتَبِ، ولو كان كالْمُكاتَب لَمَا مَلَك حَجْرَه.

---

(١) في (هـ): ثابتًا.

(٢) في (د) و(هـ): لا يتوقت.

(٣) في (هـ): في نوع من الأنواع.

(٤) في (ب): عندهما، وفي (د): عنده.

ولنا: أن الإذنَ فكُّ الحَجْر[1] عنه -كما بَيَّنَّا- وإسقاطُ الحقِّ، والعبدُ بعدَ الإذنِ يَتصرَّفُ لنَفسه؛ لانفِكاك الحَجْرِ عنه، كالْمُكاتَب، فلا يَصِحُّ تَخصيصُ الْمَولى فيما وَقَع الفكُّ عنه قِياسًا على الكِتابة؛ وهذا لأن تَصرُّفَ العبدِ يُلاقِي محَلًّا هو مِلكُه، والْمُتصرِّفُ في مِلكه لا يَكونُ نائِبًا عن غَيره.

بَيانُه: أن أوَّلَ التَّصرُّفِ بعدَ الإذنِ الشِّراءُ؛ لأنه لا يَملِكُ شيئًا ليَبيعَه، وبالشِّراء يَلتزِمُ[2] الثَّمَنَ في ذِمّته، وهي مَملوكةٌ له، ولهذا لا يَملِكُ الْمَولى الشِّراءَ بثَمَنٍ يَجِبُ في ذِمّة عبدِه، ولو كانت مَملوكةً للمَولى[3] لَمَلكه، ولم يَتصرَّف العبدُ في ذِمّة الْمَولى حتى يُجعَلَ نائِبًا عن الْمَولى، فيَكونُ أصيلًا في التَّصرُّف.

بخِلاف الوَكيلِ؛ لأنه يَتصرَّفُ في مال غيرِه أو في ذِمّة غيرِه؛ لأنه يَثبُتُ للوَكيل بالشِّراء حقُّ الرُّجوعِ عليه، ولم يكن للوَكيل قبلَ التَّوكيلِ هذه الوِلايةُ، وإنما استَفادها بالأَمر، فصار نائِبًا، وحُكمُ التَّصرُّفِ -وهو مِلكُ اليدِ- واقِعٌ للعَبد، ولهذا كان له أن يَصرِفَه إلى قَضاء دَينِه ونَفَقتِه، وما استَغنى عنه يَثبُتُ للمَولى على سَبيل الخِلافةِ عنه.

وإذا كان الإذنُ من الْمَولى إسقاطًا لحقِّه لا إنابةً للعَبد مَنابَ نفسِه في التَّصرُّف: لا يُعتبَرُ تَقييدُه بنوعٍ دونَ نوعٍ، كما إذا رَضِي الْمُستأجِرُ ببَيع عبدٍ[4] من زيدٍ دونَ عمرٍو، أو سَلَّم البائِعُ الْمَبيعَ إلى الْمُشتَري قبلَ نقدِ الثَّمَنِ، على أن يَتصرَّفَ فيه نوعًا من التَّصرُّف دونَ نوعٍ، فإنه لا يُعتبَرُ التَّقييدُ؛ لأن ذلك منه إسقاطٌ لحقِّ المنعِ.

---

(١) في سوى (ج) و(هـ): للحجر.

(٢) في (ب) و(ج): يلزم.

(٣) في (د): للعبد.

(٤) في (أ): العبد، وفي (ب) و(د): عبده.

ويَثبُتُ بالسُّكوت(ز ف).

ويَثبُتُ الإذنُ بالسُّكوت، كما إذا رَأى عبدَه يَبيعُ ويَشتَري، فسَكَت، فإنه يَصيرُ مَأذونًا عندَنا، خِلافًا لزفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

ولا فرقَ بينَ أن يَبيعَ عَينًا مَملوكًا للمَولى أو للأجنَبيِّ، بإِذنه أو بغَير إذنِه، بيعًا صَحيحًا أو فاسِدًا.

لهما: أنه إنابةٌ، والإنابةُ لا تَثبُتُ بالسُّكوت، كما لو رَأى إنسانًا يَبيعُ مالَه، فسَكَت ولم يَنْهَه: لا يَنفُذُ ذلك التَّصرُّفُ بسُكوته؛ وهذا لأن سُكوتَه يَحتمِلُ الرِّضا ويَحتمِلُ السُّخْطَ، فلا يَثبُتُ الإذنُ بالشَّكِّ؛ ألا تَرى أنه لا يَجوزُ بيعُه ذلك المالَ بدَلالة السُّكوتِ، فلأَن لا يَجوزَ بيعُ مالٍ آخرَ بعدَه أَولى، أو لَمّا[1] لم يَثبُت الإذنُ فيه ففي غَيره أَولى.

ولنا: أن العادةَ جَرَت بأنَّ مَن لا يَرضى بتَصرُّف عبدِه يَنهى عنه ويُؤدِّبُه عليه، فإذا لم يَنْهَه جُعِل سُكوتُه إذنًا دَلالةً؛ دفعًا للغُرور عن النّاس، فإنهم يَعتقِدون ذلك إطلاقًا منه فيُبايِعونه، وحملًا لفِعله على ما يَقتَضيه الشَّرعُ والعُرفُ، كما في سُكوت النَّبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ عندَ أمرٍ يُعايِنُه عن التَّغيير والنَّكيرِ[2]، وسُكوتِ البِكرِ والشَّفيعِ.

فإن أذِن عامًّا لا بشِراء شَيءٍ بعَينه: يَبيعُ ويَشتَري، ولو بغَبْنٍ فاحِشٍ(س م)، كالْمُكاتَب، والصَّبِيِّ.

---

(١) في (ج): إذ لما، وفي (هـ): ولما.

(٢) كما روى أبو داود (٣٨٠٠) عن ابن عباس قال: كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ويتركون أشياء تقذرًا، فبعث الله عَزَّوَجَلَّ نبيه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، وأنزل كتابه، وأحل حلاله وحرم حرامه، فما أحل فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، وتلا: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] إلى آخر الآية.

فإن أذِن له إذنًا عامًّا: جاز تَصرُّفُه في سائِر التِّجاراتِ، وذلك بأن يَقولَ له: (أذِنتُ لك في التِّجارة)، ولا يُقيِّدَه بنوعٍ؛ لأن الْمُرادَ به جِنسُ التِّجارةِ.

وكذا إذا ذَكَره بلَفظ الجمعِ؛ وهذا لأن الإذنَ لو كان خاصًّا يَملِكُ التَّصرُّفَ على العُموم، كما بيَّنّا، فإذا كان عامًّا أَولى، بخِلاف ما إذا أذِن له في شيءٍ بعَينه، بأن يَأمُرَه بشِراء ثَوبٍ للكِسوة أو طَعامٍ رِزقًا لأَهله؛ لأنه استِخدامٌ لا إذنٌ، ولو صار مَأذونًا بهذا القَدْرِ يَتعذَّرُ على الْمَولى استِخدامُ الْمَماليكِ في حَوائِجهم.

ولو قال: (أدِّ إليَّ الغَلّةَ كلَّ شهرٍ كذا) أو (كلَّ يومٍ كذا): كان مَأذونًا؛ لأنه لا يُتوصَّلُ إلى تَحصيل الغَلّةِ إلا بالتَّصرُّف، فجُعِل إذنًا فيه.

وكذا لو قال: (أدِّ إليَّ ألفَ دِرهَمٍ وأنت حُرٌّ)، أو قال: (إذا أدَّيتَ إليَّ ألفًا فأنت حُرٌّ)؛ لأن هذا تَحريضٌ على الاكتِساب؛ لِما أطمَعه في العِتق، ولا يَتمكَّنُ من الاكتِساب إلا بالتِّجارة؛ لأنّا نَعلَمُ أنه لم يَطلُب منه الاكتِسابَ بالتَّكدِّي[1]، فكان إذنًا في التِّجارة.

وكذا لو قال: (أقعِدْ صبّاغًا) أو (قصّارًا): فهو إذنٌ له في جَميع التِّجاراتِ، وله أن يَشتريَ ما بَدا له من الرَّقيق وغيرِه؛ لأن الإذنَ في الصِّباغة[2] إذنٌ بشِراء ما لا بُدَّ لها منه، وهو نوعٌ، فكان مَأذونًا في الأَنواع كلِّها.

ثم إذا أذِن له إذنًا عامًّا له أن يَبيعَ[3] ويَشتريَ ما بَدا له[4] من أَنواع الأعيانِ بغَبْنٍ يَسيرٍ؛ لأن اليَسيرَ عفوٌ؛ لتَعذُّر الاحتِرازِ عنه، كما جُعِل عفوًا من الأَب والوصيِّ.

---

(١) التكدي في الأصل: لفظ فارسي، ومعناه: السؤال من الناس، والدورانُ فيه. «البناية» ٦/ ٧٨.

(٢) في (أ) و(ب): الصناعة.

(٣) في (د): يبيع ماله.

(٤) في (ب) و(هـ): ما لا بد له.

وكذا بالفاحِش عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: لا يَجوزُ؛ لأن الغَبْنَ الفاحِشَ جارٍ مَجرى التَّبرُّعِ؛ ألا تَرى أنه يُعتبَرُ من الْمَريض من الثُّلُث، كسائِر التَّبرُّعاتِ، والتَّبرُّعُ غيرُ داخِلٍ تحتَ الإذنِ، ولهذا لم يَنفُذ تَصرُّفُ الأبِ والوصِيِّ والقاضِي في مال الصَّبيِّ بالغَبْن الفاحِشِ.

وله: أنه تِجارةٌ لا تَبرُّعٌ؛ لأنه وَقَع في ضِمن عقدِ التِّجارةِ، والواقِعُ في ضِمن الشَّيءِ له حُكمُ ذلك الشَّيءِ، والْمَأذونُ في حقِّ التِّجارةِ مُلحَقٌ بالأَحرار؛ لأنه مُتصرِّفٌ لنَفسه بأهلِيَّة نفسِه لا بحُكم الأمرِ، فصَحَّ منه كما يَصِحُّ من الحُرِّ، ومن سَمَّيناهم يَتصرَّفون للغَير، فيَتقيَّدُ بالنَّظَر[1].

وعلى هذا الخِلافِ: الْمُكاتَبُ والصَّبيُّ الْمَأذونُ.

ولو حَابى في مَرَض موتِه: يُعتبَرُ من جَميع المالِ إذا لم يكن عليه دَينٌ، وإن كان: فمن جَميع ما بَقِي؛ لأن اعتِبارَ مُحاباةِ الحُرِّ من الثُّلُث لحقِّ الوَرَثةِ، ولا وارِثَ للعَبد.

ولا يُقالُ: إن الْمَولى بمَنزِلة الوارِثِ: لأنه رَضِي بسُقوط حقِّه بالإذن، فصار كالوارِث إذا أسقَط حقَّه في الثُّلُثَين، فإنه يَنفُذُ تَصرُّفُ الْمَريضِ في الكلِّ.

وإن كان الدَّينُ مُحيطًا بما في يَده يُقالُ للمُشتَري: (أَدِّ جَميعَ الْمُحاباةِ، وإلا فارْدُد البيعَ)، كما في الحُرِّ الْمَريضِ الْمَديونِ.

وله أن يُسْلِمَ ويَقبَلَ السَّلَمَ؛ إذ كلُّ ذلك من التِّجارة.

ويُوكِّلُ بهما، ويَقبلُ، وإن زِيدَ(س م) عندَه.

وله أن يُوكِّلَ بالبَيع والشِّراءِ؛ لأنه من تَوابع التِّجارةِ، فربما لا يَتفرَّغُ التَّاجرُ بنَفسه،

---

(١) في (ب): للنظر.

فيَحتاجُ إلى أن يُوكِّلَه[1].

ولو اشتَرى الْمَأذونُ عبدًا، وازدادت قِيمتُه عندَه بالسِّمَن[2]، فأقال البيعَ: صَحَّ عندَه، كبيَعه بغَبْنٍ فاحِشٍ، خِلافًا لهما.

ويَرُدُّ بالخِيار بعدَ الإبراءِ[س م] عن الثَّمَن، ولا يُقيلُ[س].

ولو اشتَرى الْمَأذونُ عبدًا على أنه بالخِيار ثَلاثًا، فأبرَأه بائِعُه عن الثَّمَن في مُدّة الخِيارِ، فرَدَّه بالخِيار: صَحَّ عندَه، وقد مَرَّ في كِتاب البُيوعِ في فُروع مَسألةِ الخِيارِ.

ولو اشتَرى الْمَأذونُ أمةً بألفٍ وقَبَضها، ولم يَنقُد الثَّمَنَ حتى أبرَأه البائِعُ عنه، ثم تَقايَلا: بَطَلت الإقالةُ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأنها فسخٌ، ولا فسخَ بلا ثَمَنٍ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: تَصِحُّ؛ لأنها بيعٌ جَديدٌ عندَه، فكأنه باعها ابتِداءً من البائِع بألفٍ، فيَرُدُّ الأمةَ، ويَأخُذُ الألفَ.

ويَرهَنُ، ويَرتهِنُ، ويَستأجِرُ، ويُضارِبُ، ويُؤْجِرُ نفسَه[ف].

وله أن يَرهَنَ ويَرتهِنَ؛ لأنهما من تَوابِع التِّجارةِ؛ إذ الأوَّلُ إيفاءٌ، والثّاني استِيفاءٌ.

ويَملِكُ أن يَتقبَّلَ الأرضَ، ويَستأجِرَ الأُجَراءَ والبُيوتَ؛ لأن الكلَّ من صَنيع التُّجّارِ.

ويَأخُذَ الأرضَ مُزارَعةً، ويَشتريَ طَعامًا فيَزرَعَه في أرضه؛ لأن هذه تَصرُّفاتٌ يُبتغى بها الرِّبحُ، قال عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «الزّارعُ يُتاجِرُ ربَّه»[3].

---

(1) في (ج): يوكل، وفي (هـ): يوكله به.

(2) في (ب) و(هـ): بالثمن.

(3) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٦٦: غريب جدًا. انتهى، وقال في «البناية» ١١/ ١٣٦: هذا الحديث ليس له أصل، وهو غريب جدًا. انتهى، وبيض له العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٣/ ٤٢٩. قلت: وذكره من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ٢٢/ ٧٣.

ويُشارِكَ شِرْكَةَ عِنانٍ؛ لأنها من صَنيع التُّجّارِ، بخِلاف الْمُفاوَضةِ[1]؛ لأنها تَتضمَّنُ الكَفالةَ، وهو لا يَملِكُها.

ويَدفَعَ المالَ مُضارَبةً ويَأْخُذَها؛ لأنه إن أَخَذ فقد آجَر نفسَه، وإن دَفَع فقد استأجَر، والاستِئجارُ والإجارةُ من باب التِّجارةِ.

ويُؤْجِرَ نفسَه، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن الإذنَ بالتَّصرُّف في غَير نفسِه، ولهذا لا يَملِكُ بيعَ نفسِه، فلا يَملِكُ العقدَ على مَنافِعه؛ لأنها تابِعةٌ لها.

ولنا: أن الإجارةَ تِجارةٌ، فيَملِكُها، وهو تَصرُّفٌ على غَير نفسِه، فإنه بيعُ الْمَنافِعِ لا بيعُ النَّفسِ، وإنما لا يَجوزُ بيعُ نفسِه؛ لأنه يَبطُلُ الإذنُ أصلًا؛ لأنه يَنحجِرُ به.

وكذا رهنُ نفسِه؛ لأنه إيفاءٌ من وجهٍ، فكان بيعَ نفسِه من وجهٍ.

ولا يَنحجِرُ بالإجارة، ويَحصُلُ بها الْمَقصودُ، وهو الرِّبحُ، فيَملِكُها.

وما ذَكَر يَنتقِضُ بالحُرِّ؛ فإنه لا يَملِكُ بيعَ نفسِه، ويَملِكُ بيعَ مَنافِعِه.

ويُقِرُّ بدَينٍ لغَير زَوجٍ(س م) ووَلَدٍ(س م)، وبغَصبٍ، ووَديعةٍ.

وله أن يُقِرَّ بدَينٍ؛ لأنه قد تَمَسُّ إليه الحاجةُ في التِّجارة، ولو لم يَصِحَّ إقرارُه لامتَنَع النّاسُ عن الْمُعامَلة معه.

ويَبطُلُ إقرارُه للزَّوج[2] والولَدِ والوالِدَين عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما، وهو كالاختِلاف في بَيع الوَكيلِ من هؤلاء.

---

(١) في سوى (ب): المعاوضة.

(٢) في (ب): للزوجة.

ويَصِحُّ إقرارُه بالغَصب والوَديعةِ؛ لأن ضَمانَ الغصبِ ضَمانُ مُعاوَضةٍ عندَنا؛ لأنه تَمليكٌ وتَملُّكٌ في المال، فكان مُلحَقًا بالتِّجارة.

ولا فرقَ بينَ ما إذا كان عليه دَينٌ أو لم يكن إذا كان الإقرارُ في صِحّته، فإن كان في مَرَضه يُقدَّمُ دَينُ الصِّحّةِ، كما في الحُرّ.

بخِلاف ما لو أقَرَّ بجِنايةٍ على عبدٍ أو حُرٍّ، أو مهرٍ وَجَب عليه بنِكاحٍ جائزٍ أو فاسِدٍ أو شُبهةٍ؛ فإن إقرارَه باطِلٌ لا يُؤاخَذُ به حتى يَعتِقَ؛ لأن فكَّ الحَجْرِ إنما ظَهَر في حقِّ التِّجارةِ، وهذه الدُّيونُ ما وَجبت بسَبَب التِّجارةِ، فصار إقرارُه فيها وإقرارُ الْمَحجورِ سَواءً.

وليس له أن يَتزوَّجَ أو يُزوِّجَ عبدَه أو أمتَه؛ لأنه ليس من التِّجارة، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له تَزويجُ الأمةِ.

وعلى هذا الخِلافِ: الصَّبيُّ الْمَأذونُ، والْمُضارِبُ، وشَريكُ العِنانِ، وقد مَرَّ في الْمُكاتَب.

وذَكَر في «الهِداية» ما يُشيرُ إلى أن الأبَ والوصِيَّ على هذا الخِلافِ، وليس كذلك، فقد ذَكَر الحاكِمُ في «الْمَبسوط»: وللأَب أن يُزوِّجَ أمةَ ابنِه الصَّغيرِ، وكذلك الوصِيُّ، وذَكَر في كِتاب الْمَأذون في قَول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، وكذا ذَكَر هذه الْمَسألةَ في كِتاب الْمُكاتَبِ من غَير ذِكرِ خِلافٍ، فيُحتمَلُ أن يَكونَ في الْمَسألة رِوايتان.

ولا يُكاتِبُ؛ لأنه ليس من التِّجارة؛ لأنها مُبادَلةُ المالِ بالمال، والبدَلُ مُقابَلٌ بفكِّ الحَجْرِ، وهو ليس بمالٍ، والإذنُ تَناوَل التِّجارةَ، فإذا لم يكن هذا من التِّجارة لم يَنفُذ، كالتَّزويج، إلا أن يُجيزَه الْمَولى ولا دَينَ عليه، فيَصيرُ العبدُ كالنّائِب عن الْمَولى في الكِتابة.

وتَعلَّقَ حُقوقُ العقدِ بالْمَولى؛ لأن العبدَ وَكيلٌ عنه، وحُقوقُ العقدِ في باب الكِتابةِ لا تَعلَّقَ بالوَكيل، فلا يَملِكُ قبضَ البدَلِ.

وإن أعتَقَ عبدًا على مالٍ لم يَجُز؛ لأنه لا يَملِكُ الكِتابةَ، فالإعتاقُ أَولى.

ولا يُقرِضُ؛ لأنه تَبرُّعٌ، كالهِبة.

ولا يَهَبُ بعِوَضٍ ولا بغَير عِوَضٍ، ولا يَتصدَّقُ؛ لأنها تَبرُّعاتٌ.

ويُهدِي طَعامًا يَسيرًا، ويُضِيفُ، ويَحُطُّ من ثَمَنٍ بعَيبٍ.

وله أن يُهدِيَ طَعامًا يَسيرًا، أو يُضِيفَ من يُطعِمُه[1]؛ لأن التّاجرَ يَحتاجُ إليه لاستِجلاب قُلوبِ الْمُجاهِزين[2].

ورُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يُجيبُ دَعوةَ الْمَملوكِ[3]، والْمُرادُ به: الْمَأذونُ؛ لأن الْمَحجورَ عليه لا يَقدِرُ على الضِّيافة اليَسيرةِ؛ لأنه لا إذنَ له في التِّجارة، فلا يَثبُتُ له ما هو من ضَرورات الإذنِ في التِّجارة.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الْمَحجورَ عليه إذا دَفَعه[4] الْمَولى قوتَ يومِه، فدَعا بعضَ رُفَقائِه على ذلك الطَّعامِ: فلا بأسَ به، بخِلاف ما إذا دَفَعه[5] قوتَ شهرٍ؛ لأنهم لو أكَلوه قبلَ الشَّهرِ يَتضرَّرُ به الْمَولى.

ولا بأسَ للمَرأة أن تَصدَّقَ..

---

(١) في حاشية (ج): يعامله. ظ.

(٢) في (د): المهاجرين، وفي (هـ): المجاهدين. وقد تقدم معناه.

(٣) رواه الترمذي (١٠١٧)، وابن ماجه (٢٢٩٦)، والحاكم (٣٧٣٤).

(٤) في (هـ): دفعه إليه. وفي «الهداية» ٤/ ٢٨٩: إذا أعطاه، وفي «التبيين» ٥/ ٢٠٨: دفع إليه.

(٥) في (هـ): دفعه إليه.

من[1] بَيت زوجِها بشيءٍ يَسيرٍ، كرَغيفٍ ونحوِه.. بدُون استِطلاعِ رأيِ الزَّوجِ؛ لأن ذلك مَأذونٌ فيه عادةً.

وله أن يَحُطَّ من الثَّمَن بالعَيب مِثلَ ما يَحُطُّ التُّجّارُ؛ لأنه من صَنيع التُّجّارِ، وربما يَكونُ الحطُّ أنظَرَ له من قَبول الْمَعيبِ[2]، فيَكونُ بسَبيلٍ منه.

بخِلاف ما لو حَطَّ من غَير عَيبٍ؛ فإنه لا يَجوزُ؛ لأنه تَبرُّعٌ محضٌ، وليس من جُملة التِّجارةِ، ولا كذلك الْمُحاباةُ ابتِداءً؛ لأنه قد يَحتاجُ إليها استِجلابًا لقُلوب الْمُجاهِزين، فيَكونُ من جُملة التِّجارةِ، فيَدخُلُ[3] تحتَ الإذنِ.

وله أن يُؤَجِّلَ في دَينٍ وَجَب له؛ لأنه من عادة التُّجّارِ، فتَناوَله الإذنُ.

ودَينُه مُتعلِّقٌ برَقَبته(ز ف)، بِيعَ به إن لم يَفْدِه سَيِّدُه، وقُسِم ثَمَنُه بالحِصَص، وما بَقِي طُولِب بعدَ عِتقِه.

ودُيونُه مُتعلِّقةٌ برَقَبته، تُباعُ للغُرماء، إلا أن يَفْدِيَه الْمَولى بقَضاء الدَّينِ.

وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَااللَّهُ: لا تَتعلَّقُ بالرَّقَبة، وإنما تَتعلَّقُ بالكَسب، فلا تُباعُ رَقَبتُه في دَين التِّجارةِ.

ويُباعُ كسبُه في دَينه بالإجماع.

لهما: أن رَقَبَته ليست من كَسبه، فلا تُباعُ في دَينه، كسائِر أموالِ الْمَولى؛ وهذا لأن رَقَبتَه مِلكُ الْمَولى، فلا يَتعلَّقُ الدَّينُ بها إلا بتَعليقه، والْمَولى عَيَّن الكسبَ للتَّعلُّق به دونَ الرَّقَبةِ؛ لأن غرَضَه من إذنه تَحصيلُ مالٍ لم يكن، لا تَفويتُ مالٍ قد كان، وذا في

(١) في (أ): في.

(٢) في (ب): المبيع.

(٣) في (أ): فيجب.

أداء دَينِ التِّجارةِ من كَسب التِّجارةِ، فأما أن يَتعلَّقَ بالرَّقَبة استيفاءً منها: فلا يَصِحُّ، فإن فَضَل منه شيءٌ عن الدَّين يُصرَفُ إلى الْمَولى.

بخِلاف دَينِ الاستِهلاكِ؛ فإنه يُباعُ فيه؛ لأنه لا تَعلُّقَ له بالإذن؛ فإن وُجوبَه بالجِناية، وقبلَ الإذنِ يُباعُ بدَين الاستِهلاكِ، فكذا بعدَه.

ولنا: أن هذا دَينٌ ظَهَر وُجوبُه في حقِّ الْمَولى؛ لأنه وَجَب بسَبَب التِّجارةِ، وإذنُه قد ظَهَر في حقِّ التِّجارةِ، فتُباعُ رَقَبةُ العبدِ فيه، كدَين الاستِهلاكِ؛ دفعًا للضَّرَر عن النّاس؛ وهذا لأنه لا بُدَّ من محَلٍّ يُستَوفى منه، وأقرَبُ الْمَحالِّ إليه نفسُه؛ لأنه وَجَب عليه وهو مالٌ، وتَعلُّقُ الدَّينِ برَقَبته استيفاءً حامِلٌ للغير على الْمُعامَلة معه، فصَلَح غرَضًا للمَولى من هذا الوجهِ، ويَفوتُ الضَّرَرُ في حقِّ الْمَولى بدُخول ما اشتَرى في مِلكه.

ولا تَنافيَ بينَ تَعلُّقِه بالكَسب وتَعلُّقِه بالرَّقَبة[1]، فيَتعلَّقُ بهما[2]، ولكن يُبدأُ بالاستِيفاء من الكَسب؛ لأنه أمكَن تَوفيرُ حقِّ الغُرَماءِ مع تَحصيلِ مَقصودِ الْمَولى، فإن لم يُوجَد الكسبُ يُستوفى من الرَّقَبة.

وإطلاقُ لَفظةِ الدُّيونِ يَتناوَلُ دَينًا وَجَب بالتِّجارة أو بما هو في مَعناها..

كالبَيع بظُهور الْمَبيعِ مَعيبًا وقد امتَنَع ردُّه، أو باستِحقاقه والثَّمَنُ هَلَك في يَده، والشِّراءِ.

والإجارةِ، بأن يَستعجِلَ الأُجرةَ، ثم هَلَك الْمُستأجَرُ قبلَ تَمامِ الْمُدّةِ، والاستِئجارِ.

وضَمانِ الغُصوبِ والوَدائعِ والأماناتِ إذا جَحَدها؛ لأنه يَصيرُ مَضمونًا عليه، وبالضَّمان يَملِكُ الْمَضمونَ، فصار من قَبيل ضَمانِ التِّجاراتِ.

---

(١) في سوى (أ) و(ج): بالدين. وانظر «درر الحكام» ٢/ ٢٧٨.

(٢) في سوى (أ) و(ج): بها. وانظر «درر الحكام» ٢/ ٢٧٨.

وما يَجِبُ من العُقر بوَطء أمةٍ اشتَراها فاستُحِقَّت؛ إذ وُجوبُه بسَبَب الشِّراءِ؛ فإنه لولاه لوَجَب عليه الحدُّ، وسَواءٌ ثَبَت بإقراره أو بالبيِّنة.

ويُقسَمُ ثَمَنُه بينَهم بالحِصَص؛ لأن دُيونَهم مُتعلِّقةٌ بالرَّقَبة، فيَتحاصُّون في الاستِيفاء من البَدَل، كما في التَّرِكة.

فإن فَضَل شيءٌ من دُيونه طُولِب به بعدَ عِتقِه؛ لتَقرُّر الدَّينِ في ذِمّته، وعدَمِ وَفاءِ رَقَبتِه به.

ولا يُباعُ ثانيًا؛ دفعًا للضَّرَر عن الْمُشتَري، ولأنه لو عَلِم الْمُشتَري أنه يُباعُ ثانيًا عليه يَمتنِعُ عن الشِّراء، فيَمتنِعُ البيعُ.

ويَتعلَّقُ دَينُ التِّجارةِ بالكَسب الحاصِلِ قبلَ الدَّينِ وبعدَه؛ لأنه إنما يَثبُتُ للمَولى بشَرط الفَراغِ عن الدَّين بطَريق الخِلافةِ، كما في التَّرِكة.

ويَتعلَّقُ بما يَقبَلُ من الهِبة والصَّدَقةِ قبلَ لُحوقِ الدَّينِ أو بعدَه.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الهِبةُ للمَولى لا حقَّ للغُرَماء فيها؛ لأنها ليست من التِّجارة، فلا يَتعلَّقُ بها حقُّ الغُرَماءِ.

ولنا: أن الأصلَ في كَسب العبدِ أن يَقَعَ للعَبد؛ لأنه كاسِبُه، وإنما يَقَعُ للمَولى بطَريق الخِلافةِ، فكان مِن شرطِه الفَراغُ عن حاجة العبدِ، وهذا مَشغولٌ بحاجة العبدِ، ولا يَتعلَّقُ بكَسبه الذي انتَزَعه الْمَولى من يَده قبلَ الدَّينِ، بل سَلِم للمَولى ما أخَذ منه؛ لأنه لَمّا انتَزَعه من يَده وهو فارِغٌ عن حاجته وُجِد شرطُ الخُلوصِ للمَولى، فيَسلَمُ له.

ولو كان الْمَولى يَأخُذُ الغَلّةَ من العَبد كلَّ شهرٍ: له أن يَقبِضَ الغَلّةَ مع قِيامِ الدَّينِ عليه استِحسانًا، والقِياسُ: أن لا يَجوزَ؛ لأن الدَّينَ مُقدَّمٌ على حقِّ الْمَولى في الكَسب.

وجهُ الاستِحسانِ: أن في ذلك نفعَ الغُرَماءِ؛ لأن حقَّهم يتعلَّقُ بمَكاسِبه، ولا تَحصُلُ المَكاسِبُ إلا ببقاء الإذنِ في التِّجارة، فلو مَنَعناه من أَخذ الغَلّةِ لحُجِر عليه، فيَنسدُّ بابُ الاكتِسابِ، فلو أَخذ أكثرَ من غَلّة مِثلِه رَدَّ الفضلَ على الغُرَماء؛ لتَقدُّم حقِّهم، ولا ضَرورةَ فيها.

ويَنحجِرُ إن حَجَره، وعَلِم(ف) أكثرُ أهلِ سُوقِه، أو مات، أو جُنّ، أو لَحِق مُرتَدًّا، أو أَبَق(ف)، أو وَلَدت(ز) منه، وإن دَبَّر لا، وضَمِن بهما قِيمتَهما للغُرَماء، ويُقِرُّ بعدَ حَجْرهما في يَده(س م).

ويَنحجِرُ إن حَجَره وعَلِم به أكثرُ أهلِ سُوقِه، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصِحُّ[1] الحَجْرُ عليه بغَير عِلمِ العبدِ وأهلِ السُّوقِ.

ولنا: أنه لو صَحَّ الحَجْرُ بغَير عِلمِهم لتَضرَّروا به؛ لأنه إن اكتَسَب شيئًا فالمَولى يَأخُذُه، وإن لَحِقه دَينٌ فالمَولى يُبرهِنُ أنه كان قد حُجِر عليه، فيَتأخَّرُ حقُّهم إلى ما بعدَ العِتقِ، ولا يُدرى أيَعتِقُ أم لا.

ويُشترَطُ عِلمُ أكثرِ أهلِ سُوقِه؛ لأن إعلامَ الكلِّ ليس في وُسعه، فيُقامُ الأكثرُ مُقامَ الكلِّ.

والأصلُ: أن الحَجْرَ إنما يَصِحُّ إذا كان مِثلَ الإذنِ، ولا يَصِحُّ إذا كان دونَه، حتى لو عَلِم بالإذن أكثرُ أهلِ سُوقِه، فإنما يَصِحُّ الحَجْرُ عليه إذا عَلِم بالحَجْر أكثرُ أهلِ سُوقِه، حتى لو حُجِر في السُّوق، وليس فيه إلا رَجُلٌ أو رَجُلان: لا يَنحجِرُ، ولو بايَعوه[2] جاز، وإن بايَعه الذي عَلِم بحَجْره.

---

(١) في (هـ): يفسخ.

(٢) في (ب) و(د): باعوه.

وإن حُجِر عليه في بَيته بمَحضَرٍ من أكثَر أهلِ سُوقِه: يَنحجِرُ؛ لأن الْمَقصودَ ليس عَينَ السُّوقِ، حتى لو أَتى السُّوقَ ليلًا وحَجَر عليه: لا يَنحجِرُ، بل الْمُعتبَرُ شُيوعُ الحَجْرِ واشتِهارُه؛ لأنه في وُسع الْمَولى، فيُقامُ ذلك مُقامَ عِلمِ جَميعِ أهلِ السُّوقِ به، بمَنزِلة الخِطابِ بالشَّرائِع، فإن الذِّمِّيَّ إذا أسلَم ولم يَعلَم بوُجوب الصَّلاةِ عليه حتى مَضى زَمانٌ: يَلزَمُه القَضاءُ؛ لاشتِهار حُكمِ الخِطابِ في دار الإسلامِ، والحَربيُّ إذا أسلَم في دار الحربِ لم يَلزَمه القَضاءُ ما لم يَعلَم؛ لأن حُكمَ الخِطابِ غيرُ مُنتشِرٍ[1] في دار الحربِ.

ويبَقى العبدُ مَأذونًا إلى أن يَعلَمَ بالحَجْر، كالوَكيل إلى أن يَعلَمَ بالعَزل؛ دفعًا للضَّرَر عنه، فإنه يَتصرَّفُ على زَعم الإذنِ، فيَلزَمُه قَضاءُ الدَّينِ من خالِص مالِه بعدَ العِتقِ، ولم يَرضَ به.

وإن عَلِم بالإذن رَجُلان أو ثَلاثةٌ: فالحَجْرُ يَكونُ بمَحضَرٍ من هؤلاء، ولا يَصِحُّ بما دونَه، بأن يَحجُرَه في بَيته.

وإن لم يَعلَم بالإذن إلا العبدُ: فالحَجْرُ يَكونُ بمَحضَرٍ من العَبد، ولا يَصِحُّ إذا كان دونَه، بأن يُحجَرَ في بَيته بغَير مَحضَرٍ من العَبد.

وإن مات الْمَولى، أو جُنّ، أو لَحِق بدار الحربِ: صار الْمَأذونُ مَحجورًا؛ لأن الإذنَ غيرُ لازِمٍ، وما لا يَكونُ لازِمًا من التَّصرُّفات يُعطى لدَوامه حُكمُ الابتِداءِ؛ لأنه لَمّا كان غيرَ لازِمٍ كان له وِلايةُ الفسخِ في كلِّ ساعةٍ، فكان تركُه غيرَ مَفسوخٍ بمَنزِلة ابتِداءِ العقدِ.

وإذا كان كذلك: فلا بُدَّ من قِيام أهلِيّةِ الإذنِ في حالة البَقاءِ كما يُشترَطُ للابتِداء، وقد زالت بالْمَوت والجُنونِ، وكذا باللُّحوق؛ لأنه موتٌ حُكمًا، حتى يَعتِقُ مُدبَّره وأُمُّ

(١) في (ب) و(د): مشتهر.

ولَدِه، ويُقسَمُ مالُه بينَ وَرَثتِه.

وإذا أبَقَ العبدُ صار مَحجورًا عليه.

وقال الشّافعيُّ: يَبقى مَأذونًا؛ لأن الإباقَ لا يُنافِي ابتِداءَ الإذنِ؛ فإن الْمَحجورَ عليه إذا أبَقَ فأذِن له الْمَولى في التِّجارة، وعَلِم به العبدُ: صار مَأذونًا، فلأَن لا يَمنَعَ بَقاءَه وهو دونَه أَولى، وصار كالغَصب، فإنه إذا أَذِن الْمَغصوبُ صَحّ، ولو غَصَب الْمَأذونُ لا يَبطُلُ الإذنُ به.

ولنا: أن دَلالةَ الإذنِ كالتَّصريح بالإذن، فكذا دَلالةُ الحَجْرِ كالتَّصريح بالحَجْر، وقد وُجِد دَلالةُ الحَجْرِ؛ إذ الظّاهرُ أن الْمَولى لا يَرضى بتَصرُّف الآبقِ الْمُتمرِّدِ، وإنما يَرضى بتَصرُّفه ما بَقِي تحتَ طاعتِه؛ ليَتمكَّنَ من قَضاء دَينِه بكَسبه، والإباقُ عندَنا يَمنَعُ ابتِداءَ الإذنِ، كذا ذَكَر شيخُ الإسلامِ خَواهَرْ زادَه رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «مَبسوطه».

فلنا[1] أن[2] نمنع، وبعد[3] التَّسليمِ: فالدَّلالةُ ساقِطةُ العِبرةِ عندَ التَّصريحِ بخِلافها، وانتِزاعُ الْمَغصوبِ ومَكاسِبِه من يَد الغاصِبِ مُتيسِّرٌ بالْمُرافَعة إلى الحُكّام وعرضِ الحالِ على الإمام.

وإذا أذِن لأمَته في التِّجارة، ثم وَلَدت من مَولاها: تَنحجِرُ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَنحجِرُ؛ اعتِبارًا للبَقاء بالابتِداء، فإنه لو أَذِن لها بعدَ الاستِيلادِ يَصِحُّ، فاستيلادُها لا يَحجُرُها، كالتَّدبير.

---

(١) كذا في (ج)، وفي (أ) و(د): غير منقوطة، وفي (ب) و(هـ): قلنا. والمثبت موافق لـ«التبيين» ٥/ ٢١٢.

(٢) في (د): إنما.

(٣) في (ب): بعد، وفي (هـ): قبل.

ولنا: أن الإنسانَ يُحصِّنُ أُمَّ ولَدِه في العادة ولا يَرضى ببُروزها؛ لأنها تَصيرُ فِراشًا له بمَنزِلة الْمَنكوحاتِ، فصار ذلك حَجْرًا دَلالةً، ودَليلُ الحَجْرِ كصَريحه.

بخِلاف ما إذا أَذِن لأُمِّ ولَدِه في التِّجارة؛ لأنه صَرَّح ثَمَّ بخِلاف الْمُعتادِ، وإنما تُعتبَرُ العادةُ عندَ عدم التَّصريحِ[1] بخِلافها، فأما مع التَّصريحِ بخِلاف العادةِ: فلا، كتَقديم المائدةِ بينَ يَدَي إنسانٍ يُجعَلُ إذنًا في التَّناوُل عادةً، إلا إذا صَرَّح وقال: (لا تأكُل).

فإن قِيل: كيف يَبطُلُ إذنُها صَريحًا بدَلالة الحَجْرِ والشَّيءُ لا يَنتقِضُ بما هو دونَه؟!

قُلنا: لا نُسلِّمُ بأنه أَذِن لها صَريحًا، بل هذا فرَضٌ منك، ولئن سُلِّم فبقاءُ الإذنِ بالاستِصحاب، فلا يَكونُ ثابِتًا بدَليلٍ، وهذا الحَجْرُ ثَبت بالدَّليل، فكان أَقوى.

وإن دَبَّر الْمَأذونةَ لا تَنحجِرُ؛ لأن العادةَ لم تَجْرِ بتَحصين الْمُدبَّرةِ، فلم تُوجَد دَلالةُ الحَجْرِ، فبَقِيت كما كانت.

ولا تَنافيَ بينَ حُكمَي الإذنِ والتَّدبيرِ، فحُكمُ الأوَّلِ انفِكاكُ الحَجْرِ، وحُكمُ الثاني حقُّ العِتقِ في الحال، وحَقيقتُه في الْمَآل، وحقُّ العِتقِ إن لم يَزِد[2] في انفِكاك الحَجْرِ عنه فلا يُؤثِّرُ في الحَجْر عليه.

ويَضمَنُ الْمَولى بالاستِيلاد والتَّدبيرِ قِيمتَهما للغُرَماء إن رَكِبتهما دُيونٌ؛ لأنه أتلَف محَلًّا تَعلَّق به حقُّ الغُرَماءِ؛ لأنه امتَنَع البيعُ بفِعله، وبالبَيع يَقضِي حقَّهم.

وإذا حُجِر على الْمَأذون فإقرارُه جائزٌ فيما في يَده من المال عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

ومَعناه: أن يُقِرَّ بما في يَده أنه أمانةٌ لغَيره أو غصبٌ منه، أو يُقِرَّ بدَينٍ على نَفسه، فيُقضى مما في يَده.

(١) في سوى (أ) و(ج): عند التصريح. وانظر «المبسوط» ٢٥/ ٣٦.

(٢) كذا في (أ) و(هـ)، وفي (ب) و(د) و(ط): يرد، وفي (ج): يؤثر. وانظر «المبسوط» ٢٥/ ٣٦.

وقالا: لا يَصِحُّ إقرارُه، ويُؤخَذُ بعدَ العِتقِ، وما في يَده لِمَولاه؛ لأن صِحّةَ إقرارِه على وجهٍ يُطالَبُ به في الرِّقِّ إن كانت باعتِبار الإذنِ فيَزولُ بزَواله، كالبَيع[1]، وإن كانت باعتِبار اليدِ بَطَلت يدُ إذنِه بالحَجْر[2]، فصار كما لو انتَزَع الْمَولى من يَده الكسبَ، فإنه لم يَصِحَّ إقرارُه بالدَّين في حقِّ ذلك الكسبِ، فكذا إذا حُجِر عليه، وبيَد[3] الحَجْرِ لا يَملِكُ شَغلَ الكسبِ بالدَّين، فصار كما لو ثَبَت حَجْرُه في ضِمن بيعِه، بأن باع الْمَأذونُ من غَيره، فإنه لا يَنفُذُ إقرارُه.

ولأن كسبَه ورَقَبتَه كانا سَواءً في حقِّ الأخذِ بالدَّين حالَ الإذنِ، وبالحَجْر بَطَل الإقرارُ في حقِّ أخذِ الرَّقَبةِ به، فكذا يَبطُلُ في حقِّ الكسبِ.

وله: أن إقرارَه في هذا المالِ إنما صَحَّ[4] في حال إذنِه باعتِبار يدِه على المال، لا باعتِبار الإذنِ، ولهذا لو أخَذ المالَ منه ولم يَحجُر عليه: لم يَصِحَّ إقرارُه فيه؛ لعَدَم يدِه، ويدُه باقيةٌ بعدَ الحَجْرِ عليه ما لم يَأخُذ[5] المالَ منه؛ لأن شرطَ سُقوطِها بالحَجْر فَراغُ[6] ما في يَده عن حاجة العبدِ، ولم يَثبُت ذلك؛ لكَون الإقرارِ دَليلَ الحاجةِ، فيَصِحُّ إقراره فيه كما قبلَ الحَجْرِ.

بخِلاف ما أخَذه[7] الْمَولى من يَده قبلَ إقرارِه؛ لأنه لم يَبقَ هناك شيءٌ من آثار ذلك

---

(١) مثبتة من (أ) و(ج) و(ط).

(٢) في (هـ): باعتبار اليد فقد يراد به بالحجر.

(٣) في (ج): وبعد.

(٤) في (أ): يصح.

(٥) في (هـ): يؤخذ.

(٦) في (هـ): لأن شرط ما يحجر فراغ.

(٧) في (ج): لو أخذه.

الإذنِ، ويدُ الْمَولى عليه ثابتةٌ حَقيقةً وحُكمًا، فلا تَبطُلُ بإقراره.

وبخِلاف رَقَبتِه؛ فإنها لا تُباعُ بدَينٍ أقَرَّ به بعدَ الحَجْرِ؛ لأنها ليست من كَسبه، ومِلكُه في رَقَبته ظاهِرٌ قبلَ الإقرارِ رَقَبةً ويدًا، فلا يَبطُلُ بإقرار العبدِ.

وبخِلاف ما إذا باع الْمَولى العبدَ الْمَأذونَ وفي يَده كسبٌ ظاهِرٌ[1]، فأقَرّ؛ فإنه لا يَصِحُّ؛ لأنه صار كعبدٍ آخرَ؛ لتَجدُّد الْمِلكِ فيه على ما مَرَّ غيرَ مرّةٍ، فصار بمَنزِلة شخصٍ آخرَ بحُكم تَبدُّلِ الْمِلكِ، فلا يَبقى ما ثَبَت بحُكم ذلك الْمِلكِ، وإنما يَملِكُ العبدُ كسبَه بحُكم ذلك الْمِلكِ؛ ألا تَرى أنه لا يَستَوفي حُقوقَ عقدٍ باشَره عندَ الأوّلِ، وإن كان يَستَوفيها بعدَ الحَجْرِ قبلَ البيعِ.

وعلى هذا: إذا حُجِر الْمَأذونُ وفي يَده ألفٌ، فأقَرّ بعدَما أُذِن له ثانِيًا بألفٍ كان لَزِمه في الإذن الأوّلِ: قُضِي من ذلك الألفِ عندَه، وعندَهما: هذا الألفُ للمَولى، ويَصِحُّ هذا الإقرارُ، فيُؤمَرُ الْمَولى بقَضاء الدَّينِ أو يُباعُ فيه.

ولم يَملِك سَيِّدُه ما في يَد(س م) مَديونِه.

وإذا لَزِمه دُيونٌ تُحيطُ بماله ورَقَبتِه[2]: لم يَملِك سيِّدُه ما في يَده من كَسبه، ولو أعتَق من كَسبه عبدًا: بَطَل إعتاقُه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: يَملِكُ[3] ما في يَده من كَسبه، ويَنفُذُ عَتقُه في عَبده، ويَغرَمُ قِيمتَه؛ لأن سببَ ثُبوتِ مِلكِ الكسبِ مِلكُ الرَّقَبةِ؛ لأن مِلكَ الأصلِ عِلّةُ مِلكِ الفرعِ، وهو مالِكٌ لرَقَبته، حتى يَملِكُ إعتاقَ العبدِ الْمَأذونِ ووطءَ الْمَأذونةِ، وهذه أمارةُ كَمالِ مِلكِه؛ لأن الوطءَ

---

(١) مثبتة من (هـ).

(٢) في (هـ): أو رقبته.

(٣) في (د): وقالا لا يملك.

لا يَحِلُّ بدُونه، وتَعلُّقُ حقِّ الغُرماءِ به استيفاءً لا يَمنَعُ مِلكَ الْمَولى، كرَقَبته[1].

بخِلاف الوارِثِ إذا أعتَق عبدًا من التَّرِكة، وهي مَشغولةٌ كلُّها بالدَّين؛ حيث لا يَنفُذُ؛ لأن الْمِلكَ إنما يَنتقِلُ إلى الوارِث عندَ استِغناءِ الميْتِ عنه نظَرًا له، ولهذا يُقدَّمُ الأقرَبُ فالأقرَبُ؛ لأن الصَّرفَ إلى الأقرَب أنفَعُ له.

ومتى كان على الميْت دَينٌ يُقدَّمُ حقُّ الغَريمِ على الوارِث؛ لأن النَّظَرَ تَعيَّن فيه؛ لأن قَضاءَ الدَّينِ فرضٌ عليه، وهو حائِلٌ بينَه وبينَ ربِّه، والْمَولى لا يَملِكُ كسبَ عبدِه باعتِبار النَّظَرِ للعَبد، بل لأنه ليس بأهلٍ لِمِلكه مع قِيامِ رقِّه، وهذا الْمَعنى قائِمٌ بعدَ ثُبوتِ الإذنِ وبعدَ قِيامِ الدَّينِ أيضًا، فيَملِكُ أكسابَه.

وله: أن العبدَ مُتصرِّفٌ لنَفسه، وقضِيَّتُه أن يَقَعَ الكسبُ له، وإنما وَقَع للمَولى على سَبيل الخِلافةِ عنه، فكان مِن شرطِه فَراغُه عن حاجة العبدِ، ولهذا لو امتَنَع عن الإنفاق على عَبده أُمِر بالاكتِساب والإنفاقِ على نَفسه، ورَدِّ ما فَضَل من حاجته على سيِّده، والْمُحيطُ به الدَّينُ مَشغولٌ بحاجته، فلا يَخلُفُه[2] الْمَولى فيه؛ لفَوات شرطِه، كما لا يَثبُتُ للوارِث الْمِلكُ في التَّرِكة إذا كان على الميْت دَينٌ مُحيطٌ.

فإن قِيل: الْمَولى كيف يَتلقَّى الْمِلكَ من العَبد بجِهة الخِلافةِ والعبدُ ليس بأهلٍ لِملك المالِ، وشرطُ الخِلافةِ تَصوُّرُ الأصلِ؟

قُلنا: العبدُ ليس بأهلٍ لِمِلكٍ مُستقِرٍّ، لكنه أهلٌ لِمِلكٍ يَنتقِلُ إلى غَيره إذا فَرَغ عن حاجته؛ وهذا لأن العبدَ من حيث إنه آدَميٌّ بمَنزِلة الحُرِّ، ومن حيث إنه مالٌ مَملوكٌ كالبَهيمة، ولو كان حُرًّا مُطلَقًا لَمَلَك المالَ مِلكًا مُستقِرًّا، ولو كان مَملوكًا مُطلَقًا

(١) في (ج) و(هـ): لرقبته.

(٢) في (أ): يلحقه.

كالبَهيمة لم يَملِك أصلًا، فقُلنا بأنه يَملِكُ مِلكًا مُنتقِلًا[1] عملًا بالشَّبهَين.

وإذا عُرِف ثُبوتُ الْمِلكِ وعدَمُه عُرِف نَفاذُ العَتقِ وعدَمُه؛ لأنه فرعُه.

وبَطَل إعتاقُ عبدِه، ودِعوتُه، ولو قَتَله غَرِم قِيمتَه في ثَلاث سِنينَ، ولو لم يُحِط دَينُه صحّ.

ثم إذا نَفَذ عندَهما يَضمَنُ قِيمتَه للغُرَماء؛ لتَعلُّق حقِّهم به، وكذا لو قال له: (هذا ابني)، وهو مَجهولُ النَّسَبِ: لا يَثبُتُ نسَبُه منه عندَه[2].

وعندَهما: يَثبُتُ، ويَعتِقُ، ويَضمَنُ قِيمتَه للغُرَماء؛ لإبطال حقِّهم.

وكذا لو قَتَل عبدَ عبدِه الْمَأذونِ الْمَديونِ يَغرَمُ قِيمتَه في ثَلاث سِنين؛ لأنه لا يَملِكُه، فهو كقَتل[3] عبدٍ لأجنبيٍّ، فكان ضَمانَ جِنايةٍ.

وعندَهما: عليه قِيمتُه للحال؛ لأنه يَملِكُه، فهو إتلافُ كسبِ عبدِه، ولكن فيه حقُّ الغُرَماءِ، فضَمِن حقَّهم للحال.

وإن لم يكن الدَّينُ مُحيطًا بماله ورَقَبتِه: صَحَّ عَتقُه عندَهم.

أما عندَهما: فظاهِرٌ، وكذا عندَه في قَوله الآخِرِ، وفي قَوله الأوَّلِ: لا يَملِكُ، ولا يَصِحُّ إعتاقُه؛ لأن الدَّينَ يَتعلَّقُ بكَسبه، وفي حقِّ التَّعلُّقِ لا فرقَ بينَ القَليلِ والكَثيرِ، كما في الرَّهن.

وجهُ قولِه الآخِرِ: أن الشَّرطَ هو الفَراغُ، وبعضُه فارِغٌ وبعضُه مَشغولٌ، فلا يَجوزُ أن يَمتنِعَ الْمِلكُ في الكلّ؛ لأن شرطَ عدَمِ الْمِلكِ في الكلِّ لم يُوجَد، ولا يَجوزُ أن يَمتنِعَ

(١) في (ب) و(د): مستقلاً.

(٢) مثبتة من (أ) و(ج) و(ط).

(٣) في سوى (ج) و(هـ): كفيل، وفي (د) غير منقوطة.

بقَدْره؛ لأن البعضَ ليس بأَولى من البَعض، فيَثبُتُ الْمِلكُ في الكلّ.

وأصلُه: أن استِغراقَ التَّركةِ بالدَّين يَمنَعُ مِلكَ الوارِثِ في التَّركة، فإن كان الدَّينُ غيرَ مُحيطٍ بالتَّركة ففي قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ الأوَّلِ كذلك، وفي قَوله الآخِرِ: يَملِكُ الوارِثُ جَميعَ التَّرِكةِ، وسيَجيءُ تَقريرُه إن شاء اللهُ تَعالى.

ولم يَصِحَّ بيعُه من سَيِّده إلا بمِثل القِيمةِ، وبعَكسه صحَّ مُطلَقًا.

ولم يَصِحَّ بيعُه من سَيِّده إلا بمِثل القِيمةِ.

اعلَم أن العبدَ الْمَأذونَ الْمَديونَ إذا باع مَتاعَه من مَولاه بمِثل قِيمتِه: جاز؛ لأنه غيرُ مُتَّهَمٍ في ذلك، فإنه ليس في تَصرُّفه إبطالُ حقِّ الغُرَماءِ عن شيءٍ تَعلَّق به حقُّهم.

بخِلاف ما إذا باع الْمَريضُ شيئًا من وارِثه بمِثل قِيمتِه؛ فإنه لا يَجوزُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ لحقِّ سائِرِ الوَرَثةِ؛ لأن حقَّهم مُتعلِّقٌ بعَين مالِه، حتى كان لأَحَدهم استِخلاصُ العَينِ بأَداء قِيمتِه إلى الغُرَماء، ولو أَراد بعضُ الوَرَثةِ استِخلاصَ شيءٍ لنَفسه وأداءَ القِيمةِ إلى الآخَر: ليس له ذلك.

وهنا المنعُ لحقِّ الغُرَماءِ، وحقُّهم في الماليّة دونَ العَينِ، حتى كان للمَولى أن يَستخلِصَ أكسابَه لنَفسه بقَضاء الدَّينِ من مَوضِعٍ آخَرَ، وليس في البَيع بمِثل القِيمةِ إبطالُ حقِّهم عن شيءٍ من الماليّة، فيَجوزُ.

وإن باعه من الْمَولى بنُقصانٍ لم يَجُز، فاحِشًا كان الغَبْنُ أو يَسيرًا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه مُتَّهَمٌ في حقِّه، بخِلاف[1] ما إذا حَابى الأجنبيَّ[2] عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لا تُهَمةَ فيه.

(١) في (هـ): وبخلاف.

(٢) في (هـ): صار لأجنبي.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: إن باعه من الْمَولى جاز البيعُ، فاحِشًا كان الغَبْنُ أو يَسيرًا، ولكن يُخيَّرُ الْمَولى بينَ أن يُزيلَ الغَبْنَ وبينَ أن يَنقُضَ البيعَ؛ لأن في الْمُحاباة إبطالَ حقِّ الغُرَماءِ عن شيءٍ من الماليّة، وفيه إضرارٌ بهم، والعبدُ في ذلك مُتَّهَمٌ في حقِّ الْمَولى، وبهذا يَندفِعُ الضَّررُ عنهم.

وهذا بخِلاف البيعِ من الأجنَبيِّ بالغَبْن اليَسيرِ؛ حيث يَجوزُ، ولا يُؤمَرُ الْمُشتَري بإزالة الغَبْنِ، وهنا يُؤمَرُ الْمَولى بإِزالة الغَبْنِ عندَهما؛ لأن الغَبْنَ اليَسيرَ دائِرٌ بينَ الوُجودِ والعدَمِ؛ لدُخوله تحتَ تَقويمِ الْمُقوِّمين، فاعتبَرناه مَوجودًا في حقِّ الْمَولى للتُّهمة، ومَعدومًا في حقِّ الأجنَبيِّ لعَدَمها؛ عمَلًا بالشَّبهَين.

وبخِلاف ما إذا باع من الأجنَبيِّ بالغَبْن الفاحِشِ؛ حيث لا يَجوزُ عندَهما أصلًا، ومن الْمَولى يَجوزُ، ويُؤمَرُ بإِزالة الغَبْنِ؛ لأن الْمُحاباةَ من العَبد الْمَأذونِ لا تَصِحُّ عندَهما إلا بإِذن الْمَولى، والْمَولى أَذِن له في ذلك في البيع[1] من نَفسه بدَلالة الإقدامِ عليه، ولم يَأذَن له في البَيع بغَبْنٍ فاحِشٍ من الأجنَبيّ، فافترَقا.

وهذا الذي ذَكَرناه قولُ بعضِ الْمَشايخ، **والصَّحيحُ**[2]: أن قولَه كقَولهما؛ لأن الْمَولى بسَبيلٍ من تَخليص كسبِه لنَفسه بالقِيمة بدُون البيعِ، فلَأَن يَكونَ له ذلك بالبَيع أَولى، وصار العبدُ في تَصرُّفه مع مَولاه كالْمَريض الْمَديونِ في تَصرُّفه مع الأجنَبيِّ.

وبعَكسه: صَحَّ مُطلَقًا، أي إن باع الْمَولى من العَبد مَتاعًا بمِثل قِيمتِه أو أَقَلَّ: جاز البيعُ. أما عندَه: فلأن الْمَولى أجنَبيٌّ عن كَسبه إذا كان عليه دَينٌ[3].

---

(١) في (ب) و(هـ): في ذلك البيع.

(٢) في (ج) و(هـ) و(ط): وقيل الصحيح.

(٣) في (ج) زيادة: ولا تهمة في هذا البيع.

وأما عندَهما: فلأن جوازَ البيعِ يَعتمِدُ الفائِدةَ، وقد وُجِدت، فإنه يُخرِجُ به من كَسب العبدِ إلى مِلك الْمَولى ما[1] كان الْمَولى مَمنوعًا عنه قبلَ ذلك لحقِّ الغُرماءِ، ويُدخِلُ في كَسب العبدِ ما لم يكن تَعلَّق به حقُّ الغُرماءِ.

وبَطَل الثَّمَنُ لو سُلِّم قبلَ قبضِه، وحُبِس به.

فإن سَلَّم الْمَبيعَ إليه قبلَ قبضِ الثَّمَنِ: بَطَل الثَّمَنُ؛ لأنه بتَسليم الْمَبيعِ سَقَط حقُّه في الحَبس ومِلكِ اليدِ الذي كان باقِيًا[2] له، فلو بَقِي[3] الثَّمَنُ يَبقى دَينًا في ذِمّة العبدِ، والْمَولى لا يَستوجِبُ على عَبده دَينًا.

بخِلاف ما إذا كان الثَّمَنُ عَرْضًا؛ فإن الْمَولى أحقُّ بذلك الثَّمَنِ من الغُرَماء؛ لأنه بالعَقد مَلَك العَرْضَ بعَينه، ولا يَجِبُ دَينٌ في ذِمّته، ويَجوزُ أن يَكونَ عَينُ مِلكِه في يَد عبدِه وهو أحقُّ به من الغُرَماء، كما لو غَصَب شيئًا من ماله، أو أودَع مالَه عندَ عبدِه.

وإن حَبَسه في يَده حتى يَستوفيَ الثَّمَنَ جاز، كما لو باعه من مُكاتَبه؛ وهذا لأن البائِعَ له حقُّ حبسِ الْمَبيعِ، حتى كان أخصَّ به من الغُرَماء؛ لأن البيعَ يُزيلُ العَينَ عن مِلك البائِعِ، ولا يُزيلُ مِلكَ اليدِ ما لم يَصِل إليه الثَّمَنُ، فيَبقى مِلكُ اليدِ للمَولى على ما كان حتى يَستوفيَ الثَّمَنَ.

ولأن للدَّين تَعلُّقًا بالعَين قبلَ التَّسليمِ، وهو الْمَبيعُ، فصار له شَبَهٌ بالعَين، فيَجوزُ أن يَكونَ للمَولى حقٌّ فيه، كما في العَين، ولهذا يَستوجِبُ بدَلَ الكِتابةِ على الْمُكاتَب وهو دَينٌ: لِما أنه مُقابَلٌ برَقَبة الْمُكاتَبِ.

---

(١) في (هـ): بما.

(٢) في (ج): ثابتًا.

(٣) في (ج): نفى.

بخِلاف ما إذا سَلَّم؛ لذَهاب التَّعلُّقِ به أصلًا، فصار دَينًا مُرسَلًا[1].

والحاصِلُ: أن ما وَجَب من الثَّمَن قبلَ التَّسليمِ ليس بدَينٍ مُطلَقٍ، فجاز القولُ بوُجوبه، وبعدَ التَّسليمِ صار دَينًا مُطلَقًا، فوَجَب القولُ بسُقوطه.

ولو باع الْمَولى مَتاعَه من عَبده بأكثَرَ من قِيمته بقَليلٍ أو كَثيرٍ: فالزِّيادةُ لا تَسلَمُ للمَولى؛ لكَونه مُتَّهَمًا في الْمُعامَلة مع الْمَولى لحقِّ الغُرَماءِ، ويَكونُ الْمَولى بالخِيار، إن شاء نَقَض البيعَ، وإن شاء حَطَّ الفضلَ عن[2] القِيمة؛ صِيانةً لحقِّ الغُرَماءِ، كذا ذَكَره شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وغيرُه في «شَرح الْمَبسوطِ» من غَير ذِكرِ الخِلافِ.

ويُحتمَلُ أن يَكونَ البيعُ فاسِدًا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ على قَول بعضِ الْمَشايخِ، كما في الفَصل الأوَّلِ، وهو مَنصوصٌ عليه في «الحَصْر»[3] وغيرِه.

وصحَّ إعتاقُه، وضَمِن قِيمتَه، وطُولِب ما بَقِي بعدَ عِتقِه.

ولو أعتَق الْمَولى عبدَه الْمَأذونَ وعليه دُيونٌ: صَحَّ إعتاقُه؛ لأن مِلكَ الذّاتِ[4] قائِمٌ، ونَفاذُ العَتقِ يُبتنى عليه.

وضَمِن الْمَولى للغُرَماء قِيمتَه إذا كانت مِثلَ الدَّينِ أو أَقَلَّ؛ لأنه بالإِعتاق فَوَّت عليهم محَلًّا تَعلَّق به حقُّهم بيعًا واستِيفاءً من ثَمَنه، ولا وجهَ لردِّ العَتقِ لحَقيقة الْمِلكِ، فأوجَبنا الضَّمانَ دفعًا للضَّرَر عن الغُرَماء، وما بَقِي من الدُّيون طُولِب العبدُ بعدَ عِتقِه؛

(١) قوله: (للذهاب التعلق به أصلاً فصار دينًا مرسلا) ساقط من (ب) و(د) في هذا الموضع، وموجود بعد قوله: فوجب القول بسقوطه.

(٢) في (أ) و(ج) و(ط): على.

(٣) في (ب) و(د): الأصل.

(٤) في (ب) و(د): الدار.

لأن الدَّينَ في ذِمّته، ولم يَلزَم الْمَولى إلا بقَدْر ما أتلَف، فبَقِي الباقِي عليه كما كان.

وإن كان الدَّينُ أقَلَّ من قِيمته: ضَمِن قَدْرَ الدَّينِ فقط؛ لأن حقَّهم بقَدْره، ولم يَتعلَّق بالزِّيادة.

وإذا أَذِن للمُدبَّر أو لأُمِّ الولَدِ في التِّجارة، فلَحِق كلَّ واحِدٍ منهما دَينٌ، فأعتَقه الْمَولى: فلا ضَمانَ عليه من الدَّين ولا من قِيمة الْمُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ؛ لأن حقَّ الغُرَماءِ لم يَتعلَّق برَقَبتهما استِيفاءً بالبَيع؛ لتَعذُّر بيعِهما، فلم يكن الْمَولى بالإعتاق مُبطِلًا محَلَّ حقِّهم، فلا يَضمَنُ شيئًا.

فإن باعَه، وغَيَّبه مُشترِيه: ضَمَّنه الغَريمُ قِيمتَه، فإن رُدَّ بعَيبٍ: رَجَع بقِيمته، وحقُّ الغَريمِ في العَبد أو مُشترِيه[1]، أو أَجاز بيعَه، وأخَذ ثَمَنَه.

فإن باعه الْمَولى وعليه دَينٌ يُحيطُ برَقَبته، وقَبَضه الْمُشتَري وغَيَّبه.. فإن شاء الغُرَماءُ ضَمَّنوا البائِعَ قِيمتَه، وإن شاؤُوا ضَمَّنوا الْمُشتَريَ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُتعدٍّ[2]، البائِعُ ببَيعه وتَسليمِه إلى الْمُشتَري، والْمُشتَري بالقَبض والتَّغييبِ، وإن شاؤُوا أَجازوا البيعَ وأَخَذوا ثَمَنَه؛ لأن لهم ذلك بالإذن السّابِقِ، والإجازةُ اللّاحقةُ كالإذن السّابقِ، كما إذا باع الرَّهنَ، ثم أجاز الْمُرتهِنُ البيعَ.

بخِلاف ما إذا كَفَل عن غَيره بغَير أمرِه ثم أَجاز؛ لأنها وَقَعت غيرَ مُوجبةٍ للرُّجوع، ولم يَتوقَّف نَفاذُ الكَفالةِ ولُزومُها على الإجازة، ولا كذلك هنا، ولم يَصِر الْمَولى مُختارًا لقَضاء[3] ما عليه ببَيعه كما صار مُختارًا للفِداء ببَيع الجانِي بعدَ عِلمِه بالجِناية؛

(١) في (ع): مشريه.

(٢) في (ج): متلف.

(٣) في سوى (أ) و(ج): بقضاء

لأن وُجوبَ الدَّفعِ ثَمَّ في ذِمّة الْمَولى لا في ذِمّته، فإذا فَعَل شيئًا يَمتنِعُ به الدَّفعُ يَصيرُ مُختارًا للفِداء، والدَّينُ هنا واجِبٌ على العَبد، وأمكَن استِيفاؤُه منه بتَقدير العِتقِ، فلا يَصيرُ مُختارًا للفِداء.

فإن ضَمَّنوا البائِعَ قِيمتَه، ثم رُدَّ على الْمَولى بعَيبٍ: فللمَولى أن يَرجِعَ بالقِيمة على الغُرَماء، ويَكونُ حقُّ الغُرَماءِ في العَبد؛ لارتِفاع سبَبِ الضَّمانِ، وهو البيعُ والتَّسليمُ، فصار كالغاصِب إذا باع وسَلَّم، وضَمِن القِيمةَ، ثم رُدَّ عليه بعَيبٍ: كان له أن يَرُدَّ على المالِك ويَستَرِدَّ القِيمةَ، كذا هنا.

ثم هذا البيعُ فاسِدٌ؛ لأنه باع ما لا يَقدِرُ على تَسليمه، كبَيع الجِذعِ في السَّقف والآبِق.

فلو باع، وأعلَم بدَينه: فللغَريم ردُّ بيعِه.

فإن باعه من رَجُلٍ، وأعلَمه بالدَّين، وجاء الغُرَماءُ بعدَما قَبَض الْمُشتَري العبدَ: فللغُرَماء أن يَرُدُّوا البيعَ؛ لتَعلُّق حقِّهم بالرَّقَبة استِسعاءً وبيعًا، وفي كلٍّ واحِدٍ منهما فائِدةٌ، فالاستِسعاءُ تامٌّ آجِلٌ، والبيعُ ناقِصٌ عاجِلٌ، وبالبَيع فاتَت هذه الخِيَرةُ، فلهذا كان لهم أن يَرُدُّوه.

قالُوا: تَأويلُه: إذا لم يَصِل إليهم الثَّمَنُ، فإن وَصَل إليهم الثَّمَنُ ولا مُحاباةَ في البَيع: فليس لهم أن يَرُدُّوا البيعَ؛ لأن حقَّهم مُتعلِّقٌ برَقَبة العبدِ استِيفاءً إذا لم يَصِلوا إلى الثَّمَن.

والْمُشتَري ليس بخصمٍ (س) إن غاب بائِعُه.

فإن كان البائِعُ غائِبًا: فلا خُصومةَ بينَهم وبينَ الْمُشتَري إذا أنكَر[1] الدَّينَ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

---

(١) في (ج): معناه إذا أنكر الدهن.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الْمُشتَرِي خصمٌ، ويُقضى لهم بدَينهم.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا اشتَرى دارًا ووَهَبها وسَلَّمها، وغاب الواهِبُ، ثم حَضَر الشَّفيعُ: فالْمَوهوبُ له ليس بخصمٍ عندَهما، خِلافًا له، وعنهما: مِثْلُ قولِه في الشُّفعة.

لأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن ذا اليدِ يَدَّعي الْمِلكَ لنَفسه في هذا العَينِ، فيكونُ خصمًا لمن يُنازِعُه فيما في يَده، كما لو ادَّعَوا مِلكَ العبدِ لأنفُسهم.

ولهما: أن الدَّعوى تَتضمَّنُ فسخَ العقدِ، وهو قائِمٌ بالبائِع والْمُشتَري، فيكونُ الفسخُ قَضاءً على الغائِب، والحاضِرُ ليس بخصمٍ عنه.

قَدِمُ عبدُ زَيدٍ، فاشتَرى وباع: لَزِمه كلُّ شيءٍ من التِّجارة، ولم يُبَع حتى يَحضُرَ سَيِّدُه، فإن حَضَر وأقرَّ بإذنه: بِيعَ، وإلا لا.

ومن قَدِم مِصرًا وقال: (أنا عبدُ فُلانٍ)، فاشتَرى وباع: لَزِمه كلُّ شيءٍ من التِّجارة.

والْمَسألةُ على وَجهَين:

أحَدُهما: أن يُخبِرَ أن مَولاه أذِن له، فيُصدَّقُ استِحسانًا، عَدْلًا كان أو غيرَ عَدْلٍ.

والقِياسُ: أن لا يُصدَّقَ؛ لأنه مُجرَّدُ دَعوى منه، فلا يُصدَّقُ إلا بحُجّةٍ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «البيِّنةُ على الْمُدَّعي»(1).

وجهُ الاستِحسانِ: أن النّاسَ تَعامَلوا ذلك، وإجماعُ الْمُسلِمين حُجّةٌ يُخَصُّ بها الأثَرُ، ويُترَكُ بها القِياسُ والنَّظَرُ.

ولأن في ذلك ضَرورةً وبَلوى؛ فإن الإذنَ أمرٌ لا بُدَّ منه لصِحّة تَصرُّفِه، وإقامةُ الحُجّةِ عندَ كلِّ عقدٍ غيرُ مُمكِنٍ.

---

(1) تقدم تخريجه.

والأصلُ: أن ما ضاق على النّاس أمرُه اتَّسع حُكمُه، وما عَمَّت بَلِيّتُه سَقَطت قضِيّتُه، وكذلك هذا القِياسُ والاستِحسانُ في دَعوى الوَكالةِ، والْمُضارَبةِ، والشِّرْكةِ، والبِضاعةِ، وما أشبَهها.

وثانِيهما: أن يَبيعَ ويَشتريَ ولا يُخبِرَ بشيءٍ.

والقِياسُ فيه: أن لا يَثبُتَ الإذنُ؛ لأن السُّكوتَ مُحتمَلٌ، وفي الاستِحسان: يَثبُتُ؛ لأن الظّاهرَ أنه مَأذونٌ؛ لأن أُمورَ الْمُسلِمين مَحمولةٌ على الصَّلاح ما أمكَن، ولا يَثبُتُ الجَوازُ إلا بالإذن، فوَجَب أن يُحمَلَ عليه، والعمَلُ بالظّاهِر هو الأصلُ في الْمُعامَلات؛ دفعًا للضَّرَر عن النّاس.

والقِياسُ: أن تُشترَطَ عَدالةُ الْمُخبِرِ؛ لأن الحُجّةَ خبرُ العَدْلِ، **وفي الاستِحسان**: لا تُشترَطُ؛ للضَّرورة والبَلوى.

فإذا ثَبَت أنه مَأذونٌ صَحَّت تَصرُّفاتُه، ولَزِمته الدُّيون، فتُستوفى من كَسبه.

فإن لم يكن في الكَسب وَفاءٌ: لم تُبَع رَقَبتُه حتى يَحضُرَ سيِّدُه؛ لأنه لم يُصدَّق على مَولاه، وليس من ضَرورة الإذنِ بيعُ الرَّقَبةِ، فالْمُدبَّرُ الْمَأذونُ لا تُباعُ رَقَبتُه.

فإن حَضَر مَولاه وأقَرَّ بالإذن: بِيعَ في الدَّين؛ لأن الإذنَ بالتِّجارة رِضًا ببَيع رَقَبةِ الْمَأذونِ بالدَّين، وإن قال: (هو مَحجورٌ): فالقولُ له؛ لتَمسُّكه بالأَصل.

فَصْلٌ
[في بيانِ أحكامِ إذنِ الصَّبيِّ]

أذِن للصَّبيِّ وَلِيُّه، أو وَصِيُّه(ف)، أو القاضِي(ف)، أو الوالي(ف): صار كالعَبد.

وإذا أَذِن للصَّبيِّ وليُّه في التِّجارة فهو في البَيع والشِّراءِ كالعَبد الْمَأذونِ، إذا كان يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ، حتى يَنفُذُ تَصرُّفُه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَنفُذُ، وبطَل إذنُه؛ لأنه مَحجورٌ عليه شرعًا لِصِباه، وهو قائِمٌ مع الإذنِ، فيَبقى الحَجْرُ ببقائه، كما قبلَ العقلِ[١].

ولأنه مَوْليٌّ عليه في هذا التَّصرُّفِ، حتى يَملِكُه الوليُّ، ويَملِكُ حَجْرَه، فلا يَصلُحُ أن يَكونَ وليًّا؛ لأن الأوَّلَ سِمةُ العجزِ، والثّانيَ آيةُ القُدرةِ، وهما مُتضادّان، فلا يَجتمِعان، وصار كالطَّلاق والعَتاقِ، فإنهما لا يَنفُذان منه بالإذن.

بخِلاف الصَّومِ، والصَّلاةِ، والوصِيّةِ، واختيارِه أحدَ الأبَوين على أصله؛ لأن الوليَّ لا يَتولّاها، فلا يَكونُ مَوْليًّا عليه فيها، فصَحَّحناها منه.

أما البيعُ والشِّراءُ: فالوليُّ يَتولّاهما، فلا يَنفُذُ منه[٢] ضَرورةً.

وعلى هذا الأصل قال بعَدَم صِحّةِ إسلامِه.

ولنا: أن التَّصرُّفَ الْمَشروعَ صَدَر من أهله مُضافًا إلى محَلِّه عن وِلايةٍ شَرعيّةٍ،

---

(١) في (ب) و(د): العقد.

(٢) مثبتة من (أ) و(ج) و(ط).

فوَجَب القولُ بنفاذه، كالعَبد المَأذونِ، ولا خَفاءَ في شَرعيّة التَّصرُّفِ والمحلّيّةِ، وكذا في الأهلِيّة؛ لأن الأهلِيّةَ للتّصرُّف بالتّكلُّم عن تَمييزٍ وبَيانٍ لا عن تَلقينٍ وهَذَيانٍ، والكَلامُ فيه[1]، فتَثبُتُ الوِلايةُ؛ صَونًا لكَلامه عن الإلغاء.

والصِّبا سببُ الحَجْرِ؛ لعَدَم هِدايتِه إلى التَّصرُّفات لا لذاته، وبإذن الوليّ يُستدَلُّ على ثُبوت هِدايتِه في التَّصرُّفات؛ لأن الظّاهرَ أنه لا يَأذَنُ له حتى يَعرِفَ هِدايتَه فيها، وبَقاءُ وِلايةِ الوليّ لنظَر الصَّبيّ؛ ليَتوسَّعَ طَريقُ النَّيلِ والإصابةِ، فتُستوفى المَصلَحةُ بطَريقَين: بمُباشَرة الوليّ، وبمُباشَرة الصَّبيّ، وتَمكُّنُه من حَجْره لاحتِمال تَبدُّلِ حالِه من الهِداية إلى غَيرها، ومتى جَعَلناه وليًّا باعتِبار أصلِ الأهلِيّةِ لم نَجعَله فيه مَوليًّا عليه، ومتى جَعَلناه مَوليًّا عليه باعتِبار قُصورِ[2] الأهلِيّةِ لم نَجعَله وليًّا فيه.

والحاصِلُ: أن الصَّبيّ مُستحِقُّ النَّظَرِ[3]، مَصونٌ عن الضَّرَر.

والتَّصرُّفاتُ ثَلاثةُ أنواعٍ:

ضارٌّ محضٌ، كالطَّلاق، والعَتاقِ، والهِبةِ، والصَّدَقةِ، فلا يَملِكُه الصَّبيُّ وإن أذِن له الوليُّ.

ونافِعٌ محضٌ، كقَبول الهِبةِ والصَّدَقةِ، فيَملِكُه بغَير إذنِه.

ودائِرٌ بينَ النَّفعِ والضَّرَرِ، كالبَيع، والشِّراءِ، والإجارةِ، والنّكاحِ، فيَملِكُه بالإذن، ولا يَملِكُه بدُونه؛ لأن الصَّبيَّ العاقِلَ يُشبِهُ البالِغَ من حيث إنه عاقِلٌ مُميِّزٌ، ويُشبِهُ الطِّفلَ الذي لا عقلَ له من حيث إنه لم يَتوجَّه عليه الخِطابُ، وفي عَقله قُصورٌ، وللغَير عليه

---

(١) في (أ): منه.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): تصور.

(٣) في (أ) و(ج): للنظر.

وِلايةٌ، فألحقناه بالبالِغ في النّافِع المحضِ، وبالطِّفل في الضّارِّ المحضِ، وفيما هو دائِرٌ بينَهما بالطِّفل عندَ عدَمِ الإذنِ، وبالبالِغ عندَ الإذنِ؛ لرُجحان جِهةِ النَّفعِ على الضَّرر بدَلالة الإذنِ.

ولكن قبلَ الإذنِ يَكونُ مُنعقِدًا موقوفًا على إجازة الوليِّ؛ لأن له فيه مَنفَعةً ليَصيرَ مُهتديًا إلى وُجوه التِّجاراتِ، عارِفًا بأنواع الْمُعامَلاتِ، مُمتازًا عن الحَيَوانات، حتى لو بَلَغ فأَجازه: نَفَذ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه توَقَّف على إِجازة وليِّه، وقد صار وليًّا بنَفسه.

ووليُّه أبُوه، ثم وصِيُّ الأبِ، ثم الجدُّ أبُ الأبِ، ثم وصِيُّه، ثم الوالِي[1] أو القاضِي أو وصِيُّ القاضِي، فأما الأُمُّ أو وصِيُّ الأُمِّ: فلا يَصِحُّ منهما الإذنُ له في التِّجارة.

وكذا إذنُ أميرِ الشُّرَطِ ومن لم يُولَّ القَضاءَ به[2] في ذلك باطِلٌ؛ لأنه لا وِلايةَ لهؤلاء عليه في التَّصرُّف في نَفسه ومالِه؛ وهذا لأن أميرَ الشُّرَطِ فُوِّض إليه أمرٌ خاصٌّ لا تَقليدُ القُضاةِ، فلا يَلي التَّصرُّفاتِ على النّاس.

والشَّرطُ: أن يَعقِلَ أن البيعَ سالِبٌ للمَبيع، والشِّراءَ جالِبٌ، ويَعرِفَ الغَبْنَ اليَسيرَ من الغَبْن الفاحِشِ، لا نفسُ العِبارةِ؛ لأن كلَّ صبيٍّ إذا لُقِّن البيعَ والشِّراءَ يَتلقَّنُهما.

والتَّشبيهُ بالعَبد الْمَأذونِ يُفيدُ أن ما يَثبُتُ في العَبد من الأَحكام يَثبُتُ في حقِّه؛ لأن الإذنَ فكُّ الحَجْرِ؛ لِما مَرّ، وهذا في الصَّبيِّ أظهَرُ؛ لكَونه أهلًا للمِلك الْمُستقِرِّ، والعبدُ ليس بأهلٍ له، والْمَأذونُ يَتصرَّفُ بأهلِيّة نفسِه، عبدًا كان أو صبِيًّا، فلا يَتقيَّدُ تَصرُّفُ الصَّبيِّ بنوعٍ دونَ نوعٍ، ويَصيرُ مَأذونًا بالسُّكوت، ولا يَملِكُ تَزويجَ عبدِه وكِتابتَه، وله

(١) في (د) و(هـ): الموالي.

(٢) في (ج) و(هـ) و(ط): له.

أن يأذنَ عبدَه[1] في التِّجارة، كالعَبد.

وتَولّى طَرَفَي البيعِ[2] أبُوه(ز) وجدُّه(ز) فقط.

وغيرُ الأبِ والجدِّ لا يَتولّى طرَفَي عقدِ المُعاوَضةِ؛ لأن حُقوقَ العقدِ تَرجعُ إلى العاقِد، فيَصيرُ الواحِدُ مُطالِبًا ومُطالَبًا، مُسلِّمًا ومُتسلِّمًا، وهو مُحالٌ.

وكذا الأبُ والجدُّ قِياسًا، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ويَجوزُ استِحسانًا؛ لأن الأبَ بكَمال الشَّفَقةِ قام مَقامَ شَخصَين، ورأيُه مَقامَ رأيَين، فيُجعَلُ كأنه باع منه وهو بالِغٌ.

ثم تَحمُّلُ الحُقوقِ بحقِّ الأبُوّةِ لا بحُكم العقدِ نِيابةً عنه، حتى إذا بَلَغ الصَّغيرُ كانت العُهدةُ على الصَّغير، وفيما إذا باع مالَه من أجنَبيٍّ، فبَلَغ الصَّغيرُ: كانت العُهدةُ على الأَب، فإذا كانت العُهدةُ بطَريق التَّحمُّلِ لا بحُكم العقدِ لا يُؤدِّي إلى الاستِحالة.

اشتَرى مالَ طِفلِه، أو باع مالَه منه بغَبْنٍ يَسيرٍ: صحّ.
وكَفى (بِعتُ منه)، أو (اشتَريتُ له).

اشتَرى مالَ طِفلِه أو باع مالَه منه بغَبْنٍ يَسيرٍ: صَحّ، ويَكفِيه أن يَقولَ: (بِعتُه منه) أو (اشتَريتُ له)؛ لأن كَلامَه قام مَقامَ كَلامَين، ولأن نفسَ القَبولِ لا يُعتبَرُ، وإنما يُعتبَرُ الرِّضا، ولهذا يَنعقِدُ بالتَّعاطِي بلا إيجابٍ وقَبولٍ، وقد وُجِدت دَلالةُ الرِّضا.

ولو وَكَّل به: لا، إلا إذا حَضَر وقَبِل، وعُهدتُه على أَبِيه.

ولو وَكَّل رَجُلًا بأن يَبيعَ عبدَه من ابنه الصَّغيرِ[3]، أو يَشتريَ عبدَه له، ففَعَل: لا يَصِحُّ؛ لعَدَم كَمالِ الشَّفَقةِ، فلا يُمكِنُ إلحاقُه بالأَب، فبَقِي على أَصل القِياسِ، إلا إذا

(١) في (ج) و(هـ): لعبده.

(٢) في (ن) و(ف): طرفي العقد في البيع.

(٣) مثبتة من (أ) و(ج).

كان الأبُ حاضِرًا وقَبِل، فإنه يَجوزُ، وتكونُ العُهدةُ من جانِب الابنِ على أبِيه، ومن جانِب الأبِ[1] على الوَكيل؛ لأن تَصرُّفَ الأبِ لنَفسه مُباحٌ، وللصَّغير فرضٌ؛ لأنه من باب النَّظَرِ، فيُجعَلُ الأبُ مُتصرِّفًا للصَّغير تَحقيقًا للنَّظَر.

ولو وَكَّل ببَيع مالِه، فباع منه، أو باع مالَ أحَدِ طِفلَيه بالآخَر، أو أذِن لهما فيه، أو لعَبدَيهما، أو جَعَل لكلٍّ وَكيلًا، أو وَصِيًّا: صحّ.

ولو وَكَّل رَجُلًا ببَيع مالِ ولَدِه، فباع من مُوكِّله، أو باع الأبُ مالَ أحدِ طِفلَيه بمال الآخرِ، أو أذِن لهما فيه أو لعَبدَيهما، أو جَعَل لكلِّ واحِدٍ وَكيلًا أو وصِيًّا: صَحّ.

ولو أذِن لهما أو لعَبدَيهما وَصِيُّهما، فتَبايَعا: لا.

ولو أَذِن لهما أو لعَبدَيهما وصِيُّهما، فتبايَعا: لم يَجُز؛ لأنهما استَفادا وِلايةَ التَّصرُّفِ منه، وهو لا يَملِكُ ذلك بنَفسه، فكذا الصَّبيّان.

بخِلاف ما لو أَذِن الأبُ؛ لأنه لو فَعَل ذلك بنَفسه صَحّ، فكذا إذا فَعَل ذلك بإذنه.

وصحَّ بيعُه منه بشَرط نفعٍ ظاهِرٍ[2].

وصَحَّ بيعُ الوصِيِّ مالَه من الصَّبيِّ، أو شِراؤُه منه، بشَرط نفعٍ ظاهِرٍ، وهو أن يَبيعَ ما يُساوِي دِرهَمَين بدِرهَمٍ، وقِيل: ما يُساوِي ألفًا بثَمانمِائةٍ، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: لا يَجوزُ؛ لِما مَرَّ من الاستِحالة.

وله: أن الوصِيَّ مُختارُ الأبِ، ولكنه قاصِرُ الشَّفَقةِ، فعندَ حَقيقةِ النَّظَرِ يُلحَقُ بالأب.

ويُروى رُجوعُ أبي يوسف إلى قَول أبي حنيفة رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

---

(١) في (أ): الأول.

(٢) في (م) و(ن) زيادة: (ومن أجنبي بغبن فاحش).

وإقرارُه على نَفسه، لا إقرارُ الوَصِيِّ عليه.

وصَحَّ إقرارُه على نَفسه بدَينٍ، أو بما في يَده من كَسبه، وكذا بمَوروثه[1] في ظاهِرِ الرِّوايةِ، وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يَصِحُّ إقرارُه فيما وَرِثه عن أبيه؛ لأن صِحّةَ إقرارِه في كَسبه لحاجته إلى ذلك في التِّجارات، ولا حاجةَ في الْمَوروث عن أبِيه.

وجهُ الظّاهرِ: أنه بانضِمام رأيِ الوليِّ التَحَق بالبالِغ، وكلُّ واحِدٍ من المالَين مِلكه فارِغٌ عن حاجة الغيرِ، فيَصِحُّ إقرارُه فيهما، ولا يَصِحُّ إقرارُ الوصِيِّ عليه؛ لأنه ليس من ضَرورات التِّجارةِ، أما إقرارُه: فمن ضَروراتها؛ حتى لا يَمتنِعَ النّاسُ عن الْمُبايَعة معه خوفًا عن تَوَىٰ أموالِهم.

والإذنُ القَصديُّ لا يَصِحُّ في صَبِيٍّ وعبدٍ بلا عِلمٍ.

والإذنُ القَصديُّ لا يَصِحُّ في الصَّبيِّ والعبدِ بدُون العِلمِ، وإذا كان في ضِمن الأمرِ بالبَيع أو الشِّراءِ ففيه رِوايتان.

والْمَعتوهُ كالصَّبِيِّ.

والْمَعتوهُ الذي يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ بمَنزِلة الصَّبِيِّ، يَصيرُ[2] مَأذونًا بإِذن الأَبِ والوصِيِّ والجدِّ، دونَ الأخِ والعمِّ، وحُكمُه حُكمُ الصَّبِيِّ.

ولو اشتَرىٰ أبٌ أو وَصِيٌّ قَريبَ أحَدِهما: لا يَنفُذُ عليهما.

ولو اشتَرىٰ أبٌ أو وصِيٌّ أمةً للصَّغير أو للمَعتوه، وهي ذاتُ رَحِمٍ مَحرَمٍ من الصَّغير أو الْمَعتوهِ: لا يَنفُذُ عليهما، وإنما يَنفُذُ على الأَب أو الوصِيِّ؛ لأنه لا نظَرَ في هذا.

(١) في (هـ): بمورثه.

(٢) في (ب): يكون.

فَصْلٌ

[في أَحْكَامِ دُيُونِ العَبْدِ المَأذُونِ]

الدَّينُ الْمُحِيطُ مَنَع الإرثَ، لا غيرُه(و).

الأصلُ: أن الدَّينَ الْمُحيطَ بالتَّرِكة يَمنَعُ الإرثَ؛ لأنه يَجري في المال الفارِغِ عن حاجة الميْتِ، فإذا كان عليه دَينٌ كان مَشغولًا بحاجته.

وغيرُ الْمُحيطِ لا يَمنَعُ الإرثَ استِحسانًا؛ لأن تَرِكةً ما لا تَخلو عن قَليل الدَّينِ، فلو امتَنَع الإرثُ باعتِباره يَمتنِعُ الإرثُ في كلِّ التَّرِكاتِ.

ودَينُ العبدِ لا يَمنَعُ إرثَه، وإن أَحاط، وبُدِئ بدَينه من ثَمَنه.

ودَينُ العبدِ لا يَمنَعُ الإرثَ في العَبد وإن كَثُر؛ لأن المانِعَ حاجةُ الميْتِ، ودَينُ العبدِ من حَوائِج العبدِ.

ويُبدَأُ بدَين العبدِ من ثَمَن العبدِ؛ لأن حاجةَ العبدِ مُقدَّمةٌ على حاجة سيِّدِه في ماليَّته، ودَينُه حاجتُه.

وصاحِبُ الدَّينِ على العَبد إذا مَلَك العبدَ: سَقَط الدَّينُ؛ لأن الْمَولى لا يَستوجِبُ على عَبده دَينًا.

مَن عليه ألفٌ مات، وتَرَك عبدًا يُساوِيه، وابنَين لأحَدهما على العَبد خَمسُمائةٍ: بيعَ، وبُدِئ بدَينه، ولا يَسقُطُ شيءٌ منه.

مَن عليه ألفٌ دَينٌ مات، وتَرَك عبدًا يُساوِي ألفًا، ولا مالَ له غيرُه، وابنَين، ولأحَد

الابنَين على العَبد خَمسُمائةٍ دَينٌ: يُباعُ العبدُ، ويُقضى من ثَمَنه دَينُ العبدِ أوَّلًا، ولا يَسقُطُ شيءٌ من دَين الابنِ؛ لأن دَينَ الميْتِ مُستغرِقٌ للتَّركة، فيَمنَعُ الإرثَ، ثم الباقِي يُصرَفُ إلى دَين الميْتِ؛ لأنه مالُ الميْتِ؛ لكَونه بدَلَ مِلكِه.

ولو دَينُه خَمسَمائةٍ صار إرثًا، وسَقَط نِصفُ دَينِه، وبُدِئ بنِصفه، وما فَضَل عن دَين سَيِّدِه ثُلُثاه لربِّ الدَّينِ إرثًا، وثُلُثُه للآخَر.

ولو كان دَينُ الميْتِ خَمسَمائةٍ، والْمَسألةُ بحالِها: صار مِيراثًا، وسَقَط نِصفُ دَينِه؛ لأنه مَلَك ربُّ الدَّينِ نِصفَ العبدِ، ويُباعُ العبدُ، ويُقضى ما بَقِي من دَين الابنِ أوَّلًا، وذلك مِائتان[1] وخَمسون؛ لأنه دَينُ العبدِ، ثم يُقضى دَينُ الميْتِ خَمسُمائةٍ، فيَبقى من ثَمَن العبدِ مِائتان وخَمسون، فتُقسَمُ بينَ الابنَين أثلاثًا، ثُلُثاه لربِّ الدَّينِ إرثًا، وثُلُثُه للآخَر؛ لأنه قَضى بنِصف نَصيبِه دَينَ العبدِ، فيُجعَلُ ذلك كالقائِم في يَده أو كالْمَصروف إلى حاجةٍ له أُخرى.

ولو كان عليه خَمسُمائةٍ، وأَوصى به لمن له عليه خَمسُمائةٍ: مَلَكَ ثُلُثَه، وسَقَط ثُلُثُ دَينِه، وبُدِئ بدَينه من ثَمَنه، وما فَضَل عن دَين سَيِّدِه بينَ الْمُوصَى له والوارِثِ نِصفَين.

وإن لم يكن للابن دَينٌ على العَبد، ولكن الميْتُ أَوصى لرَجُلٍ برَقَبة العبدِ، وللمُوصَى له على العَبد دَينٌ خَمسُمائةٍ، ودَينُ الميْتِ خَمسُمائةٍ: نُفِّذَت[2] الوصِيّةُ؛ لأن الدَّينَ على الميْت غيرُ مُستغرِقٍ، فلا يَمنَعُ الإرثَ، فلا يَمنَعُ الوصِيّةَ؛ لأنها أُختُ الْمِيراثِ، فمَلَكَ الْمُوصَى له ثُلُثَ العبدِ، فسَقَط ثُلُثُ دَينِه.

وبُدِئ بدَينه من ثَمَنه، وما فَضَل عن دَين سَيِّدِه يُقسَمُ بينَ الْمُوصَى له والوَرَثةِ

(١) في (هـ): مائة.

(٢) في نسخة على هامش (ج): جازت.

نِصفَين؛ لاستِواء الحقَّين.

ولو كان دَينُ سَيِّدِه ألفًا: لا يَسقُطُ شيءٌ من دَين الْمُوصَى له، وبُدِئ به.

ولو كان دَينُ سيِّدِه ألفًا: لا يَسقُطُ شيءٌ من دَين الْمُوصَى له؛ لأن الدَّينَ مُستغرِقٌ، فمَنَع الوصِيَّةَ، فيُباعُ العبدُ، ويُقضى دَينُ الْمُوصَى له أوَّلًا ثم دَينُ الميْتِ.

وَهَب عبدَه لمن عليه دَينٌ سَقَط، فلو رَجَع[ن] عاد[م].
كما لو هَلَك بَدَلُ الدَّينِ في الصُّلح قبلَ القبضِ، أو باع الجانِي غيرَ عالِمٍ، ففُسِخ.

صَحيحٌ وَهَب عبدَه لرَجُلٍ له على العَبد دَينٌ، وسَلَّمه: سَقَط دَينُه.

ثم للواهِب أن يَرجِعَ في هِبَته في ظاهِر الرِّوايةِ؛ لأن العبدَ بحاله صُورةً ومَعنًى، وسُقوطُ الدَّينِ زِيادةٌ من حيث القِيمةُ، فلا تَمنَعُ الرُّجوعَ، كزِيادة السِّعرِ.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفة، والْمُعلّى عن أبي يوسف، وهِشامٌ عن محمدٍ، رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: أنه لا يَرجِعَ، وهو القِياسُ؛ لأن سُقوطَ الدَّينِ عنه زِيادةٌ في الْمَعنى، والزِّيادةُ الْمُتَّصِلةُ تَمنَعُ الرُّجوعَ.

فإذا رَجَع الواهِبُ عاد الدَّينُ عندَ أبي يوسف، خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

له: أن الدَّينَ سَقَط، والسّاقطُ لا يَعودُ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الدَّينَ ما سَقَط بإِسقاطه، وإنما سَقَط بمِلك الرَّقَبةِ، فإذا انتَقَض الْمِلكُ انتَقَض السُّقوطُ، كما لو صالَح عن دَينٍ على عَرْضٍ، وسَقَط الدَّينُ، ثم لو هَلَك العَرْضُ قبلَ القبضِ بَطَل الصُّلحُ، وعاد الدَّينُ.

وكذا لو باع العبدَ الجانيَ وهو لا يَعلَمُ بالجِنايةِ، وصار ضامِنًا قِيمتَه، ثم انفَسَخ البيعُ: تَعودُ الجِنايةُ، ويَبطُلُ الضَّمانُ.

مَريضٌ وَهَب عبدَه لغَريمه: سَقَط دَينُه، وعاد[م] بنَقض الوَرَثةِ بقَدْره.

مَريضٌ وَهَب عبدَه لغَريم العبدِ وسَلَّمه إليه: سَقَط دَينُه، فإذا مات ولم تُجِز الوَرَثةُ: تُنقَضُ الهِبةُ في الثُّلُثَين، ويَعودُ ثُلُثا الدَّينِ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لِما مَرّ.

ولو أَوصى به له، فقَبِل: سَقَط ثُلُثُ دَينِه، وبِيعَ حظُّ الوَرَثةِ بحظِّه، وسَلِم له ثُلُثُه، كبُرء الجُرحِ بعدَ القِسمةِ.

ولو أَوصى بعَبده لغَريم العبدِ، وقَبِل الْمُوصَى له بعدَ الموتِ: سَقَط ثُلُثُ دَينِه، ويُباعُ نَصيبُ الوَرَثةِ -وهو ثُلُثا العبد- بثُلُثَي دَينِه، وسَلِم ثُلُثُ[1] العبدِ للمُوصَى له، ولا يَرجِعُ عليه الوَرَثةُ، كقِسمة العَبيدِ الجَرحى، وبُرءِ الجُرحِ عن بَعضهم بعدَ القِسمةِ، فإن القِسمةَ لا تَبطُلُ، كذا هنا.

وفي الهِبة سَلِم ثُلُثُه إن أسقَط دَينَه، وإلا لا.

وفي الهِبة لا يَسلَمُ للمَوهوب له ثُلُثُ العبدِ إلا أن يَسقُطَ دَينُه؛ لأن الْمُعادَلةَ تُعتبَرُ وقتَ القِسمةِ لا بعدَها، وفي الوصِيّة تَحقَّقت الْمُعادَلةُ وقتَ القِسمةِ؛ لأن نَصيبَ الكلِّ كان مَشغولًا بالدَّين، إلا أنه زال الشُّغلُ عن نَصيب الْمُوصَى له بعدَ القِسمةِ[2].

وفي الهِبة إنما تَقعُ القِسمةُ بينَ الوَرَثةِ وبينَ الْمَوهوبِ له بعدَ الموتِ، فتُعتبَرُ الْمُعادَلةُ في هذه الحالةِ، وفي هذه الحالةِ مِلكُ الوَرَثةِ مَشغولٌ بالدَّين، ومِلكُ الْمَوهوبِ له فارِغٌ عن الدَّين، فلهذا كان لهم حقُّ الرُّجوعِ بثُلُثَي ما في يَده، وهو الثُّلُثُ.

وإذا رَجَعوا في ثُلُثَي الثُّلُثِ عاد الدَّينُ بقَدْره، فلم يَسلَم لهم ذلك، ثم يَرجِعون بثُلُثَي ما بَقِي من الثُّلُث، هكذا إلى أن تُنقَضَ الوصِيّةُ في الكلّ، فيُقالُ للمَوهوب له: (إن شِئتَ

(١) في (هـ): ثلثي. وسقطت من (ب) و(د).

(٢) في (هـ) زيادة: حكمًا لملكه.

أن يَسلَمَ لك ثُلُثُ العبدِ بالهِبة فأسقِطْ دَينَك، وإلا تُنقَضُ الهِبةُ في الكلِّ) على ما بيَّنَّا.

إجارةُ العبدِ للتِّجارة إذنٌ بها، وهو وَكيلٌ في حقِّ الْمُستأجِر.

الأصلُ: أن إجارةَ العبدِ للتِّجارة إذنٌ له بالتِّجارة، حتى لو لَحِقه دَينٌ بسَبَب التِّجارةِ يَتعلَّقُ برَقَبته وكسبِه، ويُباعان به[1]، والعبدُ وَكيلٌ في حقِّ الْمُستأجِرِ؛ لأن حُكمَ عقدِه يَقَعُ للمُستأجِر بحُكم الأمرِ، فتُراعى أحكامُ الوَكالةِ بينَهما، حتى يَرجِعُ بالعُهدة على الْمُستأجِر، ويُطالِبُه بالثَّمَن.

آجَر عبدَه شهرًا للتِّجارة، فاتَّجَر، ولَحِقه دَينٌ: طُولِب بحُقوقه، ورَجَع على الْمُستأجِر قبلَ الأداءِ وبعدَه، وبِيعَ به، ولسَيِّده فِداؤُه، ورَجَع به على الْمُستأجِر.

رَجُلٌ آجَر عبدَه شهرًا للتِّجارة، فاتَّجَر ولَحِقه دَينٌ: طُولِب العبدُ بحُقوقه؛ لأنه العاقِدُ، ورَجَع على الْمُستأجِر بما أدّى، وكذا يَرجِعُ قبلَ الأداءِ؛ لأنه في حقِّ الْمُستأجِرِ كالوَكيل بالشِّراء، وحُكمُه هذا.

فإن لم يكن للعَبد كسبٌ، والْمُستأجِرُ فَقيرٌ: يُباعُ العبدُ بدَين الغُرَماءِ؛ لأن الدَّينَ ظَهَر في حقِّ الْمَولى، وللمَولى أن يَفدِيَه استِخلاصًا لِمِلكه، ويَرجِعَ بما فَدى على الْمُستأجِر؛ لأنه مُضطَرٌّ في ذلك، فصار كأنه فَدى بأَمره.

وما فَضَل من دَين الغَريمِ على الْمُستأجِر، ويَقبِضُه مَنصوبُ القاضِي، لا العبدُ والغَريمُ.

وما فَضَل من دَين الغَريمِ على الْمُستأجِر، ويَقبِضُه مَنصوبُ القاضِي، لا العبدُ؛ لأنه صار مَحجورًا بالبَيع، ولا الغَريمُ؛ لأن العقدَ لم يَجْرِ بينَهما.

---

(١) في (ج): فيه.

فإن مات الْمُستأجِرُ ولم يُؤدِّ[1] الفضلَ: ضَرَب سَيِّدُه في تَرِكته بثَمَنه، والغَريمُ بفاضِل دَينِه.

فإن مات الْمُستأجِرُ ولم يُؤدِّ الفضلَ، ولم يُؤدِّ[2] ثَمَنَ العبدِ إلى الْمَولى: ضَرَب سيِّدُه في تَرِكته بثَمَنه، والغَريمُ بفاضِل دَينِه.

ولو أمَره أن يَتَّجِرَ في الخزِّ[3]، فاتَّجر في غَيره: نَفَذ على سَيِّده، وبِيعَ به، وأخَذ الفضلَ بعدَ عِتقِه.

ولو أمَره أن يَتَّجِرَ في الخَزّ، فاتَّجر في غَيره: نَفَذ على سَيِّده؛ لأنه خالَف الْمُستأجِرَ، فلا يَنفُذُ عليه، فيَقَعُ لِمَولاه، ويُباعُ به، ويُؤخَذُ بالفَضل بعدَ عِتقِه.

ولو أمَره سَيِّدُه بشِراء شيءٍ بعَينه: أُخِذ بالفَضل.

ولو أمَره سيِّدُه بشِراء شيءٍ بعَينه، فاشتَرى ولَحِقه دَينٌ: يُباعُ به، ويُؤخَذُ سيِّدُه بالفَضل؛ لأن العبدَ هنا كالوَكيل بالشِّراء؛ لأنه يَتصرَّفُ برَأي الْمَولى لا برَأي نفسِه، ولهذا لم يَصِر مَأذونًا بالتِّجارة، بخِلاف ما سَبَق.

مُدبَّرٌ مَأذونٌ أمَره رَجُلٌ بشِراء أمةٍ بنقدٍ: صحّ، وطُولِب، وبِيعَ عبدُه الْمَوهوبُ، وبَدَلُ طَرَفِه، ورَجَع الْمُدبَّرُ بالْمَوهوب، وسَيِّدُه بالْمَدفوع.

مُدبَّرٌ مَأذونٌ أمَره رَجُلٌ بشِراء أمةٍ بنقدٍ: صَحّ، وطُولِب الْمُدبَّرُ بالثَّمَن؛ لأنه العاقِدُ، وبِيعَ عبدُه الْمَوهوبُ وبدَلُ طَرَفِه الْمَقطوعِ بدَينه.

---

(١) في (م): يرد.

(٢) في (هـ): ولم يرد.

(٣) في (ن) و(ف): البز.

وإذا بِيعَ الْمَوهوبُ والْمَدفوعُ، وصُرِف ثَمَنُهما إلى البائِع: يَرجِعُ الْمُدبَّرُ على الآمِرِ بِثَمَنِ الْمَوهوبِ؛ لأنه بدَلُ كسبٍ مَشغولٍ بالدَّين، فلا يَسلَمُ لْمَولاه ما لم يَفرَغ عن الدَّين، ويَرجِعُ سيِّدُه بثَمَن الْمَدفوعِ على الآمِرِ؛ لأنه بدَلُ مِلكِه؛ إذ الْمُدبَّرُ بجَميع أجزائِه كان مِلكًا للمَولى، وقد قَضى به دَينَ الآمِرِ، فيَرجِعُ عليه.

ولو قَتَل خطأً: تَجِبُ قِيمتُه، وتُصرَفُ إلى الغَريم.

ولو قَتَل الْمُدبَّرُ خطأً تَجِبُ قِيمتُه، وتُصرَفُ إلى الغَريم؛ لأن حقَّ الغَريمِ كان مُتعلِّقًا برَقَبته، وقد امتَنَع بيعُه لمانِعٍ، ولا مانِعَ في بَدَله، فيُصرَفُ إليه.

ولو كان الْمَأمورُ حُرًّا، وقَتَل خطأً: فدِيَتُه لغَريمه، ولا يَرجِعُ وَرَثتُه على الآمِرِ إلا بما فَضَل.

ولو كان الْمَأمورُ حُرًّا، وقَتَل خطأً: فدِيَتُه لغَريمه، ولا يَرجِعُ وَرَثتُه على الآمِرِ إلا بما فَضَل.

عبدٌ كَفَل عن رَجُلٍ بإِذنه وإذنِ سَيِّدِه: بِيعَ به، ولسَيِّده فِداؤُه، ورَجَع.

عبدٌ كَفَل عن رَجُلٍ بإِذنه وإذنِ سيِّدِه: يُباعُ به إلا أن يَفدِيَه سيِّدُه، ويَرجِعُ بقِيمة العبدِ إذا بِيع، وبالفِداء إذا فُدِي.. على الْمَكفول عنه؛ لأنه قَضى دَينَه من مال نفسِه بأَمره.

مُدبَّرٌ مَديونٌ قَطَع يدَه عبدٌ، ودُفِع به، ووُهِب له عبدٌ، فحَرَّره مالِكُه: لم يَضمَن، وبِيعَ لدَينه الْمَوهوبُ، لا البَدَلُ، والغُرَماءُ أحَقُّ(ز) بالصَّدَقة والوَلَدِ.

مُدبَّرٌ مَديونٌ قَطَع يدَه عبدٌ، ودُفِع به، ووُهِب له عبدٌ، ثم إن الْمَولى أعتَقَ الْمُدبَّرَ: لا يَضمَنُ شيئًا؛ لأنه لم يُتلِف حقَّ الغُرَماءِ؛ لأن حقَّهم كان في استِسعاء الْمُدبَّرِ، وهو باقٍ.

فلو أَراد الْمُدبَّرُ أن يَبيعَ العبدَ الْمَوهوبَ لدَينه: له ذلك؛ لأنه كسبُه، وقد تعَلَّق به

دَينُه، ولا حقَّ للمَولى فيه، وليس له أن يَبيعَ العبدَ الْمَدفوعَ لقَضاء دَينِه؛ لأنه بدَلُ مِلكِ الْمَولى، فكان للمَولى.

والغُرَماءُ أحقُّ بالصَّدَقة والولَدِ من الْمَولى، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن هذا دَينٌ لَحِقه بسَبَب التِّجارةِ، فلا يُقضى إلا بما عندَه من مال التِّجارةِ.

وقُلنا: هذا من كَسبه، فيُستحَقُّ بدَينه، كالْمَال الْمُستفادِ بالتِّجارة.

ولو بِيعَ وبعضُ دَينِه مُؤجَّلٌ: لا يَتعجَّلُ(ز).

ولو كان على العَبد الْمَأذونِ ألفٌ حالٌّ وألفٌ مُؤجَّلٌ، فباعه القاضِي بألفَين: دُفِع الألفُ إلى صاحِب الدَّينِ الحالِّ، ودُفِع الألفُ إلى الْمَولى، فإذا حَلَّ الدَّينُ الآخرُ أعطاه الْمَولى ذلك، وهذا عندَنا.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُدفَعُ إليهما في الحالِ؛ لأن الدَّينَ تَحوَّل إلى الثَّمَن، فصار كتَحوُّله[1] إلى التَّرِكة، وثَمَّ يَحِلُّ الدَّينُ الْمُؤجَّلُ، كذا هنا.

ولنا: أن الدَّينَ في الذِّمّة، ولم يَتحوَّل إلى الثَّمَن؛ فإنه لو هَلَك كان كلُّ الدَّينِ على العَبد، فبَقِي الأجَلُ، فلا يُطالَبُ به في الحالِ.

(١) في (ج): كتحويله.

فهرس الموضوعات

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة